



**UCAM**

UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO  
Programa de Doctorado en Ciencias Sociales

Consecuencias Jurídicas de las Grandes Innovaciones  
Tecnológicas: de la Imprenta a Internet

Autor:

Francisco José Aranda Serna

Director:

Dr. D. Javier Belda Iniesta

Murcia, julio de 2018





**UCAM**

UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO  
Programa de Doctorado en Ciencias Sociales

Consecuencias Jurídicas de las Grandes Innovaciones  
Tecnológicas: de la Imprenta a Internet

Autor:

Francisco José Aranda Serna

Director:

Dr. D. Javier Belda Iniesta

Murcia, julio de 2018





# UCAM

UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE MURCIA

## AUTORIZACIÓN DE LO/S DIRECTOR/ES DE LA TESIS PARA SU PRESENTACIÓN

El Dr. D. Javier Belda Iniesta Director de la Tesis Doctoral titulada “Consecuencias Jurídicas de las Grandes Innovaciones Tecnológicas: de la Imprenta a Internet.” realizada por D. Francisco José Aranda Serna en el Departamento de Derecho, **autoriza su presentación a trámite** dado que reúne las condiciones necesarias para su defensa.

Lo que firmo, para dar cumplimiento al Real Decreto 99/2011, 1393/2007, 56/2005 y 778/98, en Murcia a 5 de julio de 2018



## AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, deseo expresar mi más sincero y profundo agradecimiento al Profesor Javier Belda Iniesta. Su apoyo y confianza en mi trabajo y su capacidad para guiar mis ideas ha sido fundamental, no solamente en el desarrollo de esta tesis, sino también en mi formación como investigador y como docente. Le agradezco sus consejos y enseñanzas, y también su paciencia y disponibilidad. Por haberme guiado durante mi etapa de estudiante y por seguir haciéndolo en la actualidad, siempre será mi Maestro.

Agradezco a D. José Luis Mendoza Pérez por haberme permitido participar en el proyecto ilusionante de la UCAM.

Al Profesor Manuel Jesús Arroba Conde por su amable acogida durante mi estancia en la Pontificia Università Lateranense en Roma, donde he podido completar los trabajos de esta Tesis.

A la Dra. Patricia Blanco Díez y al resto de compañeros del Departamento de Derecho que siempre me han apoyado.

A mis amigos y a mis compañeros de residencia en Roma por sus ánimos.

A mis padres y a mi hermana por su apoyo y cariño inestimable.





“No creas todo lo que se lee en Internet”.  
*Platón (427-347 a. C.).*



## RESUMEN

El surgimiento de las nuevas Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones ha conllevado multitud de ventajas en los aspectos económicos, culturales y políticos de la sociedad moderna, sin embargo, también han surgido multitud de conflictos y problemas jurídicos que suponen un desafío para el Derecho. Los juristas y otros actores jurídicos asumen el reto de regular estos cambios tecnológicos, los cuales cambian y se transforman a gran velocidad. En este trabajo de investigación se realiza una aproximación histórico-jurídica a la interrelación entre Derecho y Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones. Se analiza primero la evolución del Derecho, cuáles son los factores que propician los cambios jurídicos, y las principales teorías que tratan de explicar estos cambios. Este análisis incluye desde las primeras teorías evolutivas sociales que aparecieron en el siglo XIX, pasando por el surgimiento de las teorías doctrinales y económicas que se produjeron en el siglo XX, hasta las más recientes teorías que utilizan presupuestos de la psicología evolutiva y el concepto de trasplante jurídico. Se examina a continuación la evolución de la peculiar relación entre Derecho y tecnología, la influencia diferente de las tecnologías específicas de contexto y las nuevas tecnologías inteligentes. Se analiza el uso indebido de la tecnología, las diferentes formas de regulación de las innovaciones tecnológicas, el dilema del control y la importancia del factor temporal, las características del entorno regulador y las respuestas del Derecho consuetudinario y el estatutario a estas innovaciones. También se considera el fenómeno de la tecno-regulación, es decir la utilización de la propia tecnología como normativa, la esencia del concepto del “código es la norma”, sus fuentes y sus contradicciones. Las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones son las que, en gran medida, impulsan la historia. Bajo este punto de vista, se compara la revolución actual de la nueva “Era Digital” con las características de otras revoluciones importantes que ha sufrido la humanidad, y se analizan en detalle cuatro hitos históricos que supusieron grandes revoluciones de la información y la comunicación: la escritura, la imprenta, el telégrafo (tecnologías de la telecomunicación) y las tecnologías digitales. Se analiza el contexto histórico-social, las repercusiones de estas innovaciones tecnológicas y su relación con el Derecho. Se destaca el origen y la evolución de Internet y la creación de la Red

Informática Mundial (World Wide Web, WWW), y la aparición de las tecnologías web, como los blogs o las wikis. Se revisa también el fenómeno de las redes sociales y se resalta la importancia de la aparición del Internet de las Cosas (“Internet of Things”) y su trascendencia como verdadera evolución real de Internet, y su potencial para mejorar de forma revolucionaria la vida de las personas. Con esta aproximación histórico-jurídica de la evolución del Derecho y de las tecnologías se puede comprobar que las intervenciones legislativas y jurídicas que surgieron con la aparición de otros hitos históricos como la imprenta o el telégrafo pueden ayudar a vislumbrar un conocimiento más profundo sobre las intervenciones actuales y futuras sobre Internet y otras nuevas tecnologías. Uno de los impactos más relevantes que tiene la Red es el que afecta a los derechos fundamentales de la personalidad, pues el uso de las nuevas tecnologías tiene serias implicaciones respecto a la delimitación del derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen o a la libertad de expresión. Con la regulación de los derechos fundamentales de la personalidad han ido surgiendo nuevas figuras jurídicas que son típicas del uso de Internet como el hate speech, la censura digital o el derecho al olvido. El Derecho se configura como el instrumento regulador que debe encajar estas nuevas figuras y derechos en la sociedad actual y también de las que irán surgiendo en un futuro, por ello el Derecho debe adaptarse a las nuevas tecnologías y a los cambios que se irán sucediendo. La regulación jurídica tampoco debe ser unilateral, sino que debe involucrar a todos los actores que pueblan Internet y no limitar su libertad de acceso ni su interacción social.

Palabras clave: *Evolución del Derecho, Tecnología, Escritura, Imprenta, Telégrafo, Internet, Derechos Fundamentales, Derecho de las Nuevas Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones.*

## **ABSTRACT**

The emergence of the new Information and Communication Technologies has brought a multitude of advantages in the economic, cultural and political aspects of modern society, however, there have also been a multitude of conflicts and legal problems that pose a challenge for the Law. Jurists and other legal actors assume the challenge of regulating these technological changes, which evolve and transform at high speed. In this work a historical-legal approach is taken to study the interrelation between Law and Information and Communication Technologies. The evolution of the Law is analyzed first, and then what are the factors that favor the legal changes, and the main theories that try to explain these changes. This analysis includes the early social evolutionary theories that appeared in the 19th century, the emergence of the doctrinal and economic theories that occurred in the 20th century, and the most recent theories that use assumptions of evolutionary psychology and the concept of legal transplant. Next, the evolution of the peculiar relationship between Law and technology, the different influence of context-specific technologies and new intelligent technologies are examined. The misuse of technology, the different forms of regulation of technological innovations, the dilemma of control and the importance of the time factor, the characteristics of the regulatory environment and the responses of customary and statutory law to these innovations are also analyzed. The phenomenon of techno-regulation is also considered, that is, the use of technology itself as a normative, the essence of the concept of the "code is law", its sources and contradictions. Information and Communications Technologies are what, to a large extent, drive history. From this point of view, the current revolution of the new "Digital Era" is compared with the characteristics of other important revolutions that humanity has underwent, and four historical milestones that involved great revolutions of information and communication are analyzed in detail: writing, printing, telegraph (telecommunication technologies) and digital technologies. The historical-social context, the impacts of these technological innovations and their relation with the Law are analyzed. The origin and evolution of the Internet, the creation of the World Wide Web (WWW), and the emergence of web technologies, such as blogs or wikis are highlighted. The phenomenon of social networks is reviewed and the importance of the emergence of the Internet of Things and its relevance as a true

real evolution of the Internet, and its potential to improve people life in a revolutionary way is emphasized. With this legal-historical approach to the evolution of Law and technologies, it can be seen that the legislative and legal interventions that emerged with the appearance of other historical milestones such as the printing press or the telegraph can help to envision a deeper knowledge of the interventions and future developments on the Internet and other new technologies. The fundamental rights of the personality are one of the most relevant concerns related to the Network, since the use of new technologies has serious implications regarding the delimitation of the right to honor, privacy, one's own image or freedom of expression. With the regulation of the fundamental rights of personality, new legal figures have emerged that are typical of the use of the Internet such as hate speech, digital censorship or the right to be forgotten. The law is configured as the regulatory instrument that should fit these new figures and rights in today's society and also those that will emerge in the future, therefore the law must adapt to new technologies and changes that will happen. The legal regulation must not be unilateral either, but it must involve all the actors that populate the Internet and not limit their freedom of access or their social interaction.

*Keywords: Legal Evolution, Technology, Writing, Printing Press, Telegraph, Internet, Fundamental Rights, Law of the New Technologies of Information and Communications.*

## MENCIÓN INTERNACIONAL

### SUMMARY

#### **Introduction**

Today's Western and democratic society has generally prospered with the new technologies and concretely with technological developments. However, these wonders that technological developments present, are not always without risk, which can take different forms: harmful effects on human health and the environment, concerns about the autonomy of the individual and his privacy, or even new concerns about moral or social values.

These and other risks often create new disputes and conflicts to which Law is obliged to respond, how do new technologies affect to the personal sphere of the individual? What is the impact of the Internet on the fundamental rights?

Legislative, executive, administrative and judicial actors are faced with this scientific knowledge and, from a minimum understanding, they must continue to establish and determine legal norms that govern and decide on issues about which little is known. Although these challenges can be very various in nature. The most important are the emergence of new Information and Communication Technologies and their subsequent applications.

Today, innovations in technology have a wide range of effects on many areas of society and policy-makers act on questions that include different spheres such as economic productivity, intellectual property rights, protection of privacy and the availability and access to information.

Jurists and legal institutions often face technological changes, so a technology popularly conceived as emerging is bound to be channelled, regulated or prohibited by Law. This vast history of public records that reflect the constant concern for the technological change suggest that there is a detailed academic reflection on the relationship between Law and technology.

Most studies on Law and new technologies show a basic framework of how both of them would be considered under a positivist background and orientation, i.e. it can be considered that cultural concerns that surround certain technologies are channelled towards legal domains when jurists identify gaps within the jurisdictions.

This founding positivist orientation, which underlies most of the legal studies on technologies, has produced a poor and not very theorised link between Law and technology. In their practical desire, jurists have significantly stopped thinking, writing and legislating about new technologies.

However, there are two aspects of Law and Information and Communication Technologies that have been ignored: one of them is that the positivist approach to the future impacts of new technologies has produced a restriction on technology in general; and the other aspect is related to the historical perspective.

Concerning this historical perspective of Law and technologies, there are two important questions that are very often ignored:

- One is the understanding of how Law has evolved over time and what factors contribute to legal change.
- The other question refers to the past of the relationship between Law and Information and Communication Technologies, because often jurists write about technology with a speculative vision focused in the future. The thing which is not considered is that Law has a long past, which is deep and complex, especially concerning new technologies.

The issues and concerns that the previous generations have considered are now rediscovered and presented as something new, but many concerns and expectation about the Internet in the first legal norms are similar to the ones written about telegraph after its invention. However, the lessons learned in the process for legalising the telegraph were not considered by jurists in their discussions on the judicialisation of the cyberspace.

Law is responsible for establishing a governance environment conducive to appropriate technological innovations and to ensure that benefits are shared fairly. It is evident that challenges that Law faces are significant. At best, this regulatory environment must encourage and give priority to technological



innovations that promise to strengthen the conditions that are essential to human social existence and, at the same time, it must protect it effectively from the abuses and risks inherent in certain lines of technological development.

However, in the real world, legislation has limited control over the parameters around which Information and Communication Technologies are configured, because there are simply serious restrictions on what a country can individually control beyond its geographical borders. Even within the country, there is sometimes no guarantee that laws are enforced.

On the other hand, in addition to this rupture of the spatial parameter, which has such a great relevance in the legal sphere, and the lack of temporal effectiveness, we must also consider the purely gnoseological aspects: to be regulated, this means requires a high degree of technical and theoretical knowledge, which means that the legal gaps in the Internet are currently sustained by self-regulation, individually and by various organisations that have nothing to do with State governments, which means that the figure of the Legislator ends up being lost in the limbo of the untraceable, and making unrecognisable the legitimacy that must accompany all regulatory powers, since personal interests are confused with business interests, of simple opportunity, among others.

Therefore, it is perceived that the regulation of new technologies and their effects on society and Law is an idea whose time has come. The present work is framed in this environment.

Law may never be able to compete with the innovative character of technology, and it should not even try to do so, because there is a conservative element in it that explains its attractiveness as a predictable regulator of human interactions and transactions. However, the more the Law strives to be precise and complete, the more likely it is it will “connect” with Information and Communication Technologies, which are its regulatory purpose. The creation of a legal framework for Information and Communication Technologies is a very serious challenge.

## Objectives

The central hypothesis of this work is that the new Information and Communication Technologies, mainly the Internet and related services, present very important risks of infringement of people's fundamental rights, and it affects the development of their daily private lives. Law must protect these citizens and respond concretely with legal norms that guarantee the defence of fundamental rights that might be threatened by these new technologies.

The main objective of this work is to analyse the impact of new Information and Communication Technologies on fundamental rights, especially the rights relating to honour, freedom of expression, privacy and self-image.

For this purpose, a historical-legal approach will be used, and it will allow to understand and explain the importance of the history of evolution of Law and which has been the influence of technological changes on it, highlighting the most important legal consequences that have been produced.

This will finally make it possible to tackle the current problem between the Internet and Law and to warn about the impact and vulnerability of these fundamental rights with regard to the technological development of the Internet and related services, in order to raise awareness of their impact on society.

In this way, some answers can be given to various legal questions, some of them relating to the configuration of the Internet regulation, considering the variation of the classic parameters on which the legal system has been built until now, to the set of legal relationships generated on the Internet that, sometimes, have a negative aspect such as illegal and antisocial behaviours derived from them.

- With these objectives, Chapter 4 presents and analyses the main theories about the evolution of Law, from the first social theories, through the evolutionary theories based on Darwinian principles, to the last theories that use the principles of the evolutionary psychology. This analysis will make it possible to understand how Law evolves and which are the main aspects that determine changes in legal norms.
- Chapter 5 examines how the relationship between Law and technology has evolved over time, and how this relationship must evolve to adapt

to the fundamental change that has taken place in the nature of technology and that makes it more active in people's lives.

- Chapter 6 presents the main historical milestones of Information and Communication Technologies, analysing the socio-cultural context and the legal impact of technological innovation. A framework of the contexts in which these technological innovations are produced will be obtained and the emergence of new legal figures and the modification of the previous legislative frameworks will be evaluated, together with the changes produced in the legal and social mentality to culminate in the great protagonist which is the Internet.
- Chapter 7 examines what are the fundamental personality rights and how they are affected by the use of the new Information and Communication Technologies, and which is the factual environment of the legal problems raised by these fundamental rights on the Internet.
- Finally, Chapter 8 discusses some of the most relevant challenges that Law has concerning the use of the Internet, highlighting those which are closely related to the fundamental personality rights. Some proposals and legal theories for the protection of these rights that may help to better understand these challenges will also be presented.

## **Methodology**

In order to develop the aforementioned, the study we are going to carry out constitutes a qualitative analysis, since the methodological analyses used are: theoretical, using documentary and jurisprudential sources, through the analysis of concrete realities (the study of the legislative evolution of technological innovations) with concrete consequences (the need to intervene legally in the social reality altered by this innovation).

The theoretical constructions that research includes (concepts, definitions, representations, descriptions, etc.) as hypothesis of perfectibility of a small part of the social reality, depend on experience for their legitimation, and, in turn, they are the result of the coordination of ideas gathered in experience, to apply them to the greatest extent possible.

These theoretical constructions are the framework of the knowledge of a part of the real and, in turn, are correlated in an infinitely perfectible system. So, only those who coincide most with the ultimate purpose for which they were conceived will survive.

Through the use of a fundamentally inductive deductive method, based on the sources of the different legal systems, as well as of the existing doctrinal studies on the subject, we will carry out an exhaustive substantive analysis of the documents found.

Among the methodological techniques that we have used, it is especially important the documentary observation through:

- Meta-analysis. Document research and processing of data.
- Content analysis. Units of analysis, categorisation, codification and quantification.
- Secondary analysis. Sources of data, analysis and interpretation.

The documents analysed include monographs, jurisprudence, legislation, national and international specialised journals, demographic and historical sources, press and conferences. All of this is to contribute to the scientific rigour of the present work.

## **Conclusions**

In order to build a general theoretical framework that explains the stability and the change in Law, it is required the use of the perspective of the history of Law and comparative Law, a general analysis of society and a detailed knowledge about the nature and progress of legal norms.

The social approach to the evolution of Law is characterised by the statement that Law is not an autonomous system, but an integral part of the social life of a community. In this way, as society itself, its language, its culture, its political systems and its economic structure, Law also evolves.

The orthodox legal thinking in the United States inherited the social concept of evolution of Law and it transformed it into what was called “doctrinal” approach, which affirms that evolution takes place not only at the level of

societies, but also at the much more detailed level of the specific statements of legal principles and rules that jurists call legal doctrines.

The economic approach to the evolution of Law applies from a methodological point of view the entire conceptual apparatus and the empirical methods of economics to the study of Law. Although it is recognised that the economic approach to Law as independent field of research is the result of studies carried out in the United States, particularly in the Chicago School, most precursors are in Europe, including the works of Adam Smith on the economic effects of legislation.

In customary Law, legal changes carried out by judges are unintended by-products of the ordinary administration of justice by the courts, and in order to be binding on the entire jurisdiction they must first spread through the hierarchical system of courts.

Nevertheless, innovations in statutory Law are the result of a collective problem-solving process and, once they have been approved by laws, they are immediately binding on the entire jurisdiction. Political theories on the evolution of Law as a process of innovation derive from two main approaches: the approach to the public policy choice and the evolutionary and cognitive approach to the policy-making.

Theories that apply the conclusions of the socio-biology to Law believe that evolution is the causal process that justifies the existence of Law and, to some extent, the form and content of Law. Sociobiological theories are characterised not by affirming that Law evolves, but rather by claiming that Law has evolved, that is, Law itself is the result of the evolution.

In recent decades, the application of evolutionary analyses to cultural objects has resurfaced, revitalising their use in Law and making explicit affirmations based on the “memetics” and complex theories of evolution.

The concept of “juridical transplant” or “legal transplant” is interpreted as the phenomenon of transferring a norm from one country to another, or from one people to another, being one of the most frequent ways of legal change. There are some factors that shape the internal strengths of the legal systems, and a legal change will take place when the strength of the factors that support the change is

greater than the force of the factors that are opposed to it, being the nature of the change determined by the balance and the relative weight of these factors.

These complex evolutionary processes are the result of the contribution of several systems and cultures. This analysis of transplants as a general aspect of Law takes the form of a chronology. A vision of Law is achieved by evolving through a continuous process of events of different type, each of them is prone to subsequent changes and is influenced by previous and concurrent events. They are the result of the contribution of many actors and forces, which are also in a constant state of flux.

Technological innovations are among the most important factors that have influence in the evolution of Law and in the changes that take place in legal norms. For a long time, technologies were specific to their context, that is, the use of devices and techniques of these technologies was reserved exclusively for some specialists.

The evolution of technologies produced legal norms that defined the standards of conduct of specialists who controlled those specific technologies. These legal norms were specific to their context and they focused on the correct or incorrect application of a certain technology and the consequences they had on those who controlled that technology.

Regulators, in situations of extreme uncertainty, should strive to maintain a responsible and rational approach and employ a form of precautionary reasoning. This principle of action may involve the introduction of a prohibition or a moratorium that would operate in the context of a precautionary or preventive intervention to avoid damage.

The regulatory environment must support the development, the application and the exploitation of technological innovations that may contribute to improve human social existence, and to be well targeted towards risk management and benefit-sharing.

The regulation that constitutes the regulatory environment can come from different sources, governmental and non-governmental, public and private, official and unofficial and more or less formal. But the public authorities must always guarantee citizens' rights and ensure security, order and the rule of law.

Differences between customary and statutory Law are important in any context, but in the case of their use as instruments to adapt legal rules to technological developments, these differences are mainly focused on those that make statutory Law less flexible than customary Law, since flexibility is crucial when it comes to dealing with continuing technological innovations.

Technology has always had a certain normative character; it is never neutral. But with the arrival of new Information and Communication Technologies and the Internet, technology is increasingly being intentionally used as a tool to regulate human behaviour.

The concept of “code is law” means that, nowadays, technology is being intentionally used as an instrument to influence people’s behaviour, supplemented by the law as a regulatory instrument. It is a key difference between the “code” and the Law the fact that normative technology, both in its role of enforcing the rules and in its role of setting these norms, has an influence on how people can behave, while the law influences how people should behave.

The self-executing nature of the techno-regulation has raised a number of concerns, some of them focused on its effectiveness and effects, others on its potential to put at risk important values. Techno-regulation, in order to reach its goals, leads to a total dependence over reliability and precision of “norms” of the design adopted.

Techno-regulation can result in a loss of “moral responsibility”. It seems that technology, rather than the moral character of the relevant individual, is the responsible for the visualisation of the virtue, and it fully affects the fundamental notions of respect and responsibility, since they force the individuals to act in a manner dictated by the designs of the “code”, and it suggests that techno-regulation threatens the basic foundations that enable the existence of a moral community.

From the historical point of view, fundamental advances in technology are first applied to communication processes: the era of mechanics was introduced with the printing press and the era of electronics with the telegraph. The explanation for this historical fact derives from a conception of society based on a

model of appropriate competition for the economy and extended to all social institutions.

All the innovations of Information and Communication Technologies are characterised by the fact that they take a long time to develop their potential, by initially imitating the oldest forms of communication, by undergoing attacks in their early stages and by producing far-reaching changes. And all these characteristics have been visualised throughout history.

The first historical milestone of Information and Communication Technologies was writing. Written Law is related to the ideas of justice and democracy and made it possible to control arbitrary judgements.

Written Law outsources legal norms and provides them with an independent existence. This allows durability in time and space, distancing from the author and creating a need for interpretation of its meaning. At the same time, it creates the need of a class of professionals, the jurists, who maintain the coherence and the historical continuity of Law, thus allowing the emergence of the modern state.

The second historical milestone of Information and Communication Technologies was the printing press. Its invention and the culture that it developed with the availability of the printed material had a very great influence on the beginning of the modern Europe. Printing press allowed the dissemination and distribution of information and the standardisation of the texts, and it also favoured their fixation and preservation. It played a decisive role in the changes that took place in its time.

Printing press was the condition that made it possible for written Law to be decisive for the modern national states, for democracy and for the rule of Law (providing the need of an autonomous class of jurists who interpret and support the intrasystemic coherence of Law).

The proliferation of legal texts since the progress of printing press produced a potential chaos of interpretations, generating the need for systematisation and specialisation. This resulted in the professionalisation of legal practices over the last five centuries. The strength of printed law began to depend on both the coercive authority of the state and the work of the jurists.



The third milestone happened in the 19th century with the invention of the telegraph. Telegraph had an important impact on culture. It was the basis for the emergence of important technological innovations in telecommunication: the telephone was the successor to the telegraph, wireless telegraphy became apparent with the emergence of the radio, and when the wireless telephony emerged, it was used to begin the era of transmission, of words first, and then of images with the television.

From the point of view of Law, the technology of the telegraph became the subject of context-specific legal rules, and they were addressed to their specialists. The circumscribed nature of the effects of telegraphy meant that it generated less concern about the possible negative effects that might result from its implementation, compared to the printing press. Most of the first claims on telegraph technology were precisely related to the failures in the transmission of messages and their confidentiality.

The fourth historical milestone is the digital information and communication era in which we are immersed today. The history of the Internet is complex and involves many aspects: technology, organisation and community. Its influence extends beyond the technical areas of computer communication, and as we move forward with the increasing use of online tools for e-commerce, data acquisition and community operations, it affects the whole society.

Subsequently, the World Wide Web (WWW), better known as the web, which is superimposed on the Internet and incorporates its protocols, marked the beginning of the cohesion of three different innovation streams: personal computing, networking and connection programmes. This techno-social system for human interaction based on technological networks has undergone, in the last two decades, a great amount of progress in the web and its related technologies, some of which have culminated in the emergence of social networks.

The Internet of Things is the next evolution of the Internet. It means a giant step forward in its capacity to accumulate, analyse and distribute data that can be transformed into information, knowledge and ultimately wisdom. Since it was introduced, a series of intelligent objects “capable of connecting” with communication, sensory and action capacities have been implemented with many

applications such as in the areas of health, intelligent buildings, social networks, environmental monitoring, transport and logistics, etc.

The emergence of the Internet and all its developments has had a very relevant legal impact on the fundamental rights of citizens. Sometimes the Internet affects the privacy of users, sometimes conflicts are about the expression of ideas or opinions.

These rights are known as the fundamental personality rights, which are not only affected by the Internet, but sometimes also by new technologies that generate conflicts between them. These personality rights refer to those closely related to the personal sphere of the individual and relate to a range of both physical and moral attributes, such as human dignity.

All the definitions that have been made about these rights are based on the common premise that they cannot be understood without the person. These rights can be exercised against anyone, they are limited, non-transferable rights, very personal rights, susceptible to change and they include moral goods.

Personality rights, which are particularly relevant to Information and Communication Technologies, concern the personal freedom and those of social consideration. These rights are the most conflicting for Law in the Internet.

These rights are regulated in the Spanish Constitution of 1978 and they are constituted as fundamental rights of the utmost importance, so they enjoy wide protection by the Spanish legal system. This is why they are very complex, because the resulting conflicts will present a clash between these rights.

An example of these conflicts is the delimitation between the right to honour and the right to freedom of expression, the right to honour being the good consideration or reputation that a person has, which changes and is transformed by social and cultural changes. Honour has a dual facet (objective and subjective) and it affects all persons (physical and juridical) who make up society.

Freedom of expression means the ability of all the persons to express their ideas or thoughts, especially today because the Internet is identified with total freedom of expression. However, the use of the Internet has other positive and

negative aspects for the freedom of expression, due to the speed with which messages are transmitted.

When these two rights come into conflict, a series of parameters must be weighed to apply criteria that are reasonable and practical. Neither right is above the other, but each case must be examined to ensure a balance.

This conflict is particularly complex in the Internet, since messages can become viral very quickly and images are very easily exchanged. Legislation often does not know very well how to delimit these rights. The legislation of each country deals with this delimitation in a different way depending on its culture and history.

However, a misuse of freedom of expression can have a series of criminal implications in the form of penalties. The most common on the Internet are injuries and libels and both of them are delimited by a series of characteristics that must be examined in each case to determine whether the user is worthy of a penalty, as is the case of veracity or a public interest.

Privacy is another of the rights deeply affected by the use of new technologies. This corresponds to the very essence of the person, so the legislation takes good account of a proper protection of it. The Internet is a possible threat to privacy, since the storage and transmission of information can seriously damage privacy.

This damage sometimes occurs due to the irresponsible use of the users themselves, as this always leaves a trace on the Internet, and personal information is constantly transmitted (even if this may be insignificant a priori). One of the most vulnerable groups on the Internet are precisely the ones who most use its software, applications and social network: minors.

Minors are affected by many dangers, which sometimes come from adult users and sometimes from other minors. The behaviour of these "digital natives" is very different from the one of other generations, as many of them assume that the loss of privacy is a natural and reasonable consequence of surfing the Internet.

One of the keys to protect privacy is the good protection of personal data. The difference between privacy and private life is one of the first concepts to be

assumed for a good protection of both. Another factor favourable to the good protection of personal data is the proper use and prudence of the users, and also some legislative advances such as the adoption of the General Data Protection Regulation No 679/2016, which reforms the European landscape concerning personal data protection.

The last personality right, the right to self-image, has always been linked to the right to honour and the right to privacy, but it is an autonomous right itself. This protects the physical aspect of the individual, which is affected on the Internet by the rapid dissemination of images. In many occasions, images of the subject are used without his consent, and this may lead to many damages.

From all the conflicts resulting from the fundamental personality rights, a number of figures have emerged which are especially relevant to the Internet and to the legislation.

The first of them, the hate speech, involves expressions that are based on discrimination and intolerance. These expressions violate human dignity and are based on the tools provided by the Internet, such as rapid interaction or anonymity.

It is quite difficult to detect hate speech on the Internet, although it is currently very common. Hate speech usually appears on social networks in the form of racist insults or attacks on minorities and it incites hatred and attempts to be offensive to certain groups.

The hate speech is a negative consequence of the misuse of the right to freedom of expression. In the Internet, these expressions have proliferated and legislation has the challenge of limiting the right to freedom of expression on the Internet.

With this, censorship on the Internet emerges, because its nature makes it hard to regulate it. Censorship will be seen as a way of control. Digital censorship implies some actions such as closing websites, technical blocking and removal of searches.

Censorship can come from the State itself, from the providers or even from the users themselves. The use of these mechanisms is not necessarily bad, but it

can have serious implications, since many States take advantage of these mechanisms to carry out political control over the Internet.

In the end, both censorship mechanisms and protection mechanisms against censorship have their own technological evolution and clash continuously over the years. But the recent history of the Internet has shown that in the end, in this struggle, total censorship is ineffective, because the nature of the Internet must be truly free.

Precisely, one of the great developments that the legislation has made without undermining the freedom of the Internet has been the configuration of the right to be forgotten. This right has its origin in the judgement delivered by the Court of Justice of the European Union on 13th May 2014, which recognised the ability of any Internet user to oppose the use of his personal data for a purpose other than that which the user himself has provided.

The right to be forgotten has been extended to search engines as famous as Google, which already incorporate their own form and the user is already able to remove the information he does not want to appear on the Internet.

Another challenge that the legislation must face is born with the configuration of the digital entity of the subject. The avatar is a representation of a physical person in the digital world. This has many implications, because the avatar can contain some data that may give information about the subject.

This in turn can configure this representation in various ways, since the construction of digital identity is one of the first steps in digital interaction. However, other problems may arise, such as usurpation or theft of this digital identity.

In the end, in all the conflicts that have legal implications, it is usually the case that the term in which a perpetrator must be identified is reached. It is obvious that if a crime occurs on the Internet, the perpetrator will be responsible for it. However, service providers can also have their share of responsibility.

This share is set according to a series of parameters, being the main ones the effective knowledge and the due diligence they have when a conflict takes place.

It is also interesting how legislation has partially excluded from this liability those providers that offer a service of a purely intermediary nature.

Some of the problems that Internet providers face are neutrality, which refers to the service guidelines that they must offer to their customers, since this must be equal to all and they must never deny access to it (with some exceptions).

And on the part of web administrators or moderators, the configuration of the moderation and participation systems that may provide to their websites, because the interaction of users will always have some kind of consequences (one of the most relevant today is the so-called "spiral of silence", which can discriminate against minority opinions on social networks).

It is obvious that, of all technological innovations, Information and Communication Technologies play the most important role in society. They condition the practice of communication in this society, the institutions and the socio-cultural agreements related to those practices and, through them, also the most general agreements between societies and cultural environments.

Law plays a fundamental role in fitting the technological devices and their social context. The new legal themes created by technological innovations are often quite challenging and present new variations that face current interpretations of Law.

This lower pace of Law must not be confused with a suspension of decisions waiting for the issues in question to mature, in order to accommodate these opposing trends. Any regulation should retain both flexibility and capacity to respond, or even the anticipation of the future risks or activities that are constantly evolving.

Regulation will be ineffective or inappropriate if technology leaves the reference framework for this regulation behind. This connection implies that regulation needs to incorporate a degree of flexibility or openness, that it should, when possible, adopt technologically neutral strategies and it should be interpreted in an intentional way.

The legislative process is slow, while technology changes quickly. This gap between technological innovations and the change in Law may affect the legal

uncertainty and provoke people to act in ambiguous environments where rights and responsibilities cannot be clearly recognised or predicted.

Therefore, although it would be very presumptuous to respond and give a solution to all the global problems that Law has with the Internet, it is possible to give some final guidelines that, if the legislation takes them as a basis, will lead to progress, regardless of the uncertainty of future technological advances:

- Law must be flexible and changeable. The existence of rigid rules that do not adapt to technological changes will never be a solution to conflicts on the Internet.
- Law cannot regulate the Internet unilaterally. It is necessary to involve all the actors who make up the Internet, especially with regard to Internet providers and to self-regulation rules, which are already a reality that laws cannot ignore.
- Law should not be limited to delimiting, regulating and/or prohibiting. It should also raise awareness, educate and make known what the new Information and Communication Technologies are capable of.
- The Internet was born as a truly free entity, where users are its fundamental nucleus. The development of the regulation of the Internet must not lose sight of how this origin was, so as not to pervert it in the future. The Internet is free and it will remain so, and its users must not lose this freedom of access and social interaction either.





## ÍNDICE GENERAL

AUTORIZACIÓN DEL DIRECTOR

RESUMEN

ABSTRACT

MENCIÓN INTERNACIONAL - SUMMARY

ÍNDICE GENERAL

<b>CAPÍTULO I - INTRODUCCIÓN</b> .....	39
<b>CAPÍTULO II - OBJETIVOS</b> .....	49
<b>CAPÍTULO III - METODOLOGÍA</b> .....	53
<b>CAPÍTULO IV - LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO</b> .....	57
4.1. TEORÍAS SOCIALES DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO .....	62
4.1.1. La perspectiva del derecho anglosajón en el siglo XVIII .....	62
4.1.2. La perspectiva de la Escuela Histórica Alemana .....	67
4.1.3. De la aproximación histórico-social anglosajona a la perspectiva norteamericana .....	71
4.2. TEORÍAS DOCTRINALES DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO .....	74
4.2.1. La teoría doctrinal empírica .....	75
4.2.2. La doctrina jurídica como base de la evolución del Derecho .....	78
4.2.3. Los factores ambientales como principio determinante de la evolución de la ley .....	80
4.2.4. La aportación de Hayek y la transición a las teorías económicas .....	82
4.3. TEORÍAS ECONÓMICAS DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO .....	85
4.3.1. La influencia ciudadana en la evolución del Derecho .....	86
4.3.2. La teoría de los mercados en la evolución del Derecho .....	89
4.3.3. La relación entre eficacia jurídica y eficacia económica de las normas ..	91
4.3.4. Los modelos matemáticos en la evolución del Derecho .....	93
4.3.5. De las teorías económicas neoclásicas a las teorías económicas modernas .....	95
4.3.6. La teoría de juegos aplicada a la evolución del Derecho .....	98
4.4. LAS TEORÍAS POLÍTICAS DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO .....	101
4.4.1. El enfoque político de la elección pública de las normas jurídicas .....	102
4.4.2. El enfoque cognitivo-evolutivo en relación con la elaboración de las leyes .....	104

4.5. TEORÍAS SOCIOBIOLÓGICAS DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO....	109
4.5.1. La relación entre la selección natural y el Derecho .....	110
4.5.2. Las teorías sociobiológicas modernas .....	113
4.5.3. La influencia de la evolución biológica en las normas jurídicas .....	117
4.5.4. Justificación biológica de los derechos de propiedad .....	120
4.6. TEORÍAS EVOLUTIVAS DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO .....	122
4.6.1. La transición del Derecho natural al Derecho positivo desde una perspectiva evolutiva.....	126
4.6.2. Teorías bio-jurídicas y meméticas.....	129
4.7. EL CONCEPTO DEL “TRASPLANTE JURÍDICO” EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO .....	134
4.7.1. Factores determinantes para la aplicación efectiva del trasplante jurídico .....	139
4.7.2. Las probabilidades de recepción del trasplante jurídico .....	141
4.7.3. La imposibilidad de los trasplantes jurídicos.....	144
4.7.4. Contexto cultural del trasplante jurídico .....	145
<b>CAPÍTULO V - DERECHO Y TECNOLOGÍA .....</b>	<b>149</b>
5.1. LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y TECNOLOGÍA .....	152
5.1.1. La influencia de la tecnología en el Derecho .....	154
5.1.2. El uso indebido de la tecnología .....	158
5.2. LA REGULACIÓN DE LAS INNOVACIONES TECNOLÓGICAS .....	160
5.2.1. La regulación en la intersección del Derecho con la tecnología .....	161
5.2.2. La tecnología como objeto de regulación.....	164
5.3. LA NECESIDAD DE LA REGULACIÓN TECNOLÓGICA: EL DILEMA DEL CONTROL.....	169
5.3.1. Supuestos subyacentes en el dilema del control.....	172
5.3.2. La contribución de Collingridge al marco de la regulación responsable de la tecnología .....	177
5.3.3. El factor temporal.....	180
5.4. LOS MECANISMOS DE REGULACIÓN DE LA TECNOLOGÍA .....	184
5.5. EL PRINCIPIO DEL RAZONAMIENTO DE PRECAUCIÓN RACIONAL EN LA REGULACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.....	190
5.6. EL ENTORNO REGULADOR.....	194

5.6.1. Características del entorno regulador .....	195
5.6.2. Aspectos del entorno regulador .....	198
5.6.3. Respuestas del entorno regulador .....	201
5.7. EL PROBLEMA DE LA REGULACIÓN DE LA TECNOLOGÍA .....	204
5.8. COMPARACIÓN DEL DERECHO CONSUECUDINARIO Y EL DERECHO ESTATUTARIO EN LA RESPUESTA A LAS INNOVACIONES TECNOLÓGICAS .....	212
5.9. LA FUNCIÓN NORMATIVA DE LA TECNOLOGÍA: TECNO- REGULACIÓN .....	219
5.9.1. El “código” es la norma.....	221
5.9.2. Fuentes de la tecno-regulación.....	228
5.9.3. Las contradicciones de la tecno-regulación.....	230
5.9.4. La tecno-regulación y el Estado de Derecho .....	233
5.10. LA TECNO-REGULACIÓN: ¿UNA NUEVA DISCIPLINA? .....	235
<b>CAPÍTULO VI - HITOS HISTÓRICOS DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LAS COMUNICACIONES.....</b>	<b>241</b>
6.1. MODELOS DE COMUNICACIÓN.....	244
6.2. REVOLUCIONES DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LAS COMUNICACIONES .....	247
6.3. LA ESCRITURA.....	255
6.3.1. Contexto histórico-social de la escritura .....	257
6.3.2. Consecuencias históricas de la escritura .....	263
6.3.2.1. <i>Escritura y civilización</i> .....	263
6.3.2.2. <i>Escritura y Derecho</i> .....	267
6.4. LA IMPRENTA .....	272
6.4.1. Contexto histórico-social de la imprenta .....	275
6.4.2. Consecuencias históricas de la imprenta .....	277
6.4.2.1. <i>Los estudios de Eisenstein</i> .....	280
6.4.2.2. <i>La imprenta y el Renacimiento</i> .....	283
6.4.2.3. <i>La imprenta y la Reforma protestante</i> .....	285
6.4.2.4. <i>El índice de libros prohibidos</i> .....	291
6.4.2.5. <i>Imprenta y Derecho</i> .....	298
6.5. EL TELÉGRAFO: EL ORIGEN DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA TELECOMUNICACIÓN.....	306

6.5.1. Contexto histórico-social del telégrafo.....	307
6.5.2 Tecnologías de la telecomunicación y Derecho .....	310
6.6. INTERNET .....	315
6.6.1. Historia y origen de Internet .....	319
6.6.1.1. <i>Los primeros años de la Red</i> .....	321
6.6.1.2. <i>La red informática mundial (World Wide Web, www)</i> .....	326
6.6.1.3. <i>Evolución de la World Wide Web</i> .....	328
6.6.2. Las redes sociales .....	333
6.6.3. Internet de las cosas .....	336
6.6.4. Internet y Derecho.....	340
<b>CAPÍTULO VII - IMPACTO Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE INTERNET SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONALIDAD .....</b>	<b>345</b>
7.1. ¿QUÉ SON LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD? .....	350
7.1.1. Concepto y naturaleza .....	351
7.1.2. Características y clasificación .....	354
7.1.3. Regulación jurídica en España de los derechos de la personalidad con consideración social .....	357
7.1.4. Regulación jurídica de los derechos de la personalidad referidos a la libertad personal.....	361
7.2. DELIMITACIÓN DEL DERECHO AL HONOR Y EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET .....	364
7.2.1. ¿Qué es el derecho al honor? particularidades y características .....	365
7.2.2. La libertad de expresión y su relación con Internet .....	370
7.2.3. El conflicto jurídico entre el honor y la libertad de expresión .....	372
7.2.4. ¿Cuál debe ser el límite del derecho a la libertad de expresión en internet? .....	375
7.2.5. Implicaciones penales de un mal uso de la libertad de expresión .....	379
7.3. DELIMITACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN INTERNET .....	382
7.3.1. La protección de la intimidad y los peligros de las nuevas tecnologías .....	384
7.3.2. El derecho a la intimidad y los menores de edad: los nativos digitales .....	388
7.3.3. Intimidad y privacidad: la dicotomía de la protección de datos.....	391

7.4. DELIMITACIÓN DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN INTERNET .....	394
7.4.1. Aproximación constitucional del derecho a la propia imagen .....	395
7.4.2. Efectos jurídicos de la publicación de imágenes en redes sociales .....	397
<b>CAPÍTULO VIII - RETOS QUE PLANTEA INTERNET EN EL PRESENTE Y EN EL FUTURO PARA EL DERECHO</b> .....	401
8.1. EL DISCURSO DEL ODIOS EN INTERNET: EL <i>HATE SPEECH</i> .....	404
8.1.1. ¿Cómo se detecta el <i>hate speech</i> ? .....	406
8.1.2. El ciberodio como delito .....	408
8.1.3. El futuro jurídico del <i>hate speech</i> .....	413
8.2. LA CENSURA EN INTERNET .....	415
8.2.1. Una nueva forma de censura: la censura digital .....	416
8.2.2. La censura como herramienta de control político en la Red .....	419
8.2.3. La ineficacia de la censura en Internet .....	422
8.3. EL DERECHO AL OLVIDO .....	425
8.3.1. El origen del derecho al olvido .....	426
8.3.2. Consecuencias jurídicas del derecho al olvido .....	427
8.4. EL NUEVO PARADIGMA DE LA IDENTIDAD: EL AVATAR .....	428
8.4.1. La identidad digital: origen y características del avatar .....	429
8.4.2. Impacto de la identidad digital en el mundo físico .....	432
8.4.3. La usurpación de la identidad digital .....	433
8.5. DELIMITACIÓN JURÍDICA DE LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN .....	434
8.5.1. ¿Cuál es la cuota de responsabilidad de los prestadores de servicios? .....	435
8.5.2. La neutralidad en Internet .....	437
8.5.3. Sistemas de participación y moderación en Internet .....	439
8.6. HACIA UNA MEJOR REGULACIÓN JURÍDICA DE INTERNET: LA NECESIDAD DE UN ORDENAMIENTO JURÍDICO VIRTUAL .....	443
<b>CAPÍTULO IX - CONCLUSIONES</b> .....	449
<b>CAPÍTULO X - REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	469
10.1. LIBROS Y REVISTAS CIENTÍFICAS .....	471
10.2. JURISPRUDENCIA .....	504



# **CAPÍTULO I - INTRODUCCIÓN**





## CAPÍTULO I - INTRODUCCIÓN

La sociedad occidental y democrática actual ha prosperado en general con las nuevas tecnologías y particularmente con los avances tecnológicos, actualmente cualquier ciudadano es capaz de disfrutar de Internet, de las maravillas de la biotecnología médica, de las mejoras en los alimentos y productos de consumo. Con tan sólo un siglo de innovación se ha mejorado la calidad de vida en múltiples formas, aunque esto no implica que los ciudadanos sean necesariamente más felices, sino que tienen una mayor variedad de opciones.

Sin embargo, estas maravillas que presentan los avances tecnológicos no siempre se encuentran exentas de riesgos, los cuales pueden tomar diversas formas: efectos perjudiciales ya sean para la salud humana o para el medio ambiente, preocupaciones sobre la autonomía del individuo y su privacidad, o también nuevas inquietudes relacionadas con los valores morales y sociales.

Estos y otros riesgos crean con frecuencia nuevas disputas y conflictos a los que el Derecho se ve en obligación de responder, ¿cómo afectan las nuevas tecnologías a la esfera personal del individuo?, ¿qué impacto posee Internet en los derechos fundamentales?

En efecto, en un mundo intrínsecamente relacionado con las nuevas tecnologías, los progresos tecnológicos pueden menoscabar ciertos intereses y valores importantes que el Derecho trata de proteger. De este modo, una mejor comprensión de las formas en las que el Derecho reacciona y se adapta a los cambios tecnológicos podría desembocar en la promoción de análisis jurídicos y políticos más informados.

Las nuevas controversias y conflictos que generan los avances tecnológicos suelen ser bastante complejos y exigentes, los problemas que suscitan suelen ubicarse en la vanguardia del conocimiento científico, por lo que no sólo serán incomprensibles para la mayoría de la población, sino que a veces los expertos científicos que estudian dichas áreas relevantes tampoco las comprenden en su totalidad.

Los actores legislativos, ejecutivos, administrativos y judiciales se encuentran frente a este conocimiento científico, y partiendo de una comprensión mínima deben continuar estableciendo y determinando sobre normas jurídicas que gobiernan y deciden sobre las cuestiones de las que se conoce muy poco.

Desde el redescubrimiento del Derecho Romano en el siglo XI, la Teoría del Derecho occidental se vio infundida por la noción de que el Derecho era eterno e inmutable, no será hasta mediados del siglo XIX cuando los juristas positivistas establezcan que el Derecho no es expresión de realidades lógicas o de verdades eternas, sino que basa su existencia en la experiencia. Esta perspectiva que se ha heredado en la actualidad ayuda a relacionar el Derecho con la experiencia contemporánea, especialmente en una realidad social que tiende a cambiar y transformarse a gran velocidad.

En la actualidad es difícil analizar un informe sobre procesos jurídicos recientes sin encontrar referencias a los enormes desafíos que plantean las nuevas tecnologías respecto al Derecho, a los juristas y a los sistemas jurídicos. Aunque estos desafíos pueden ser de naturaleza muy variada, entre los que más destacan se encuentran la aparición de las nuevas Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones y sus consiguientes aplicaciones.

Esto es así porque en las últimas décadas se ha producido una gran revolución en lo que se refiere a la informática y las comunicaciones, y todas las indicaciones apuntan a que el desarrollo tecnológico y el uso de las tecnologías de la información continuarán cambiando a gran velocidad.

Además de este enorme aumento del poder y el uso de las nuevas tecnologías de la información, se ha producido el abaratamiento de los costes de las comunicaciones como resultado tanto de las mejoras como del aumento de la competitividad. Estos avances presentan sin duda oportunidades significativas pero también desafíos importantes.

Hoy en día, las innovaciones en las tecnologías tienen un amplio rango de efectos sobre numerosos ámbitos de la sociedad y los responsables políticos actúan sobre cuestiones que incluyen diversas esferas como la productividad económica, los derechos de propiedad intelectual, la protección de la privacidad y la disponibilidad y el acceso a la información.

Las decisiones que se toman tienen consecuencias de larga duración, por lo que se debe prestar atención a sus impactos sociales y económicos, los impactos de estos progresos son muy variados y, a veces, paradójicos. Al mismo tiempo que las comunicaciones electrónicas permiten conectar a través de todo el planeta para iniciar y mantener relaciones a un nivel nunca antes visto, estas mismas posibilidades distraen de las relaciones íntimas con nuestros vecinos o incluso con nuestros familiares.

Los juristas y las instituciones jurídicas se enfrentan de forma regular con los cambios tecnológicos, por lo que una tecnología concebida popularmente como emergente está avocada a que el Derecho la canalice, la regule o la prohíba. Esta abultada historia de registros públicos que recogen la preocupación constante del cambio tecnológico, sugiere que existe un reflejo académico detallado sobre la relación entre el Derecho y la tecnología.

Sin embargo, un examen detenido revela que este no es necesariamente el caso, aunque los juristas y los académicos han comenzado a prestar mucha atención al impacto que tales progresos tienen sobre aspectos particulares de los sistemas jurídicos nacionales, en general se presta relativamente poca atención al impacto que estos progresos tienen sobre el Derecho en general.

La mayoría de los estudios sobre el Derecho y las nuevas tecnologías manifiestan un marco básico que estructura como se consideran ambas bajo un fondo y orientación positivista, es decir, se puede considerar que las inquietudes culturales que rodean ciertas tecnologías se canalizan hacia los dominios jurídicos cuando los juristas identifican lagunas dentro de las jurisdicciones.

Normalmente se evita la esencia de la reforma jurídica y se limita simplemente a identificar las cuestiones y a plantear las complejidades jurídicas, pero permaneciendo inalterable la cuestión de qué norma jurídica es la que se somete a los responsables políticos o a la sociedad.

Esta orientación positivista fundadora, que subyace en la mayor parte de los estudios jurídicos sobre las tecnologías, ha producido una vinculación del Derecho con la tecnología empobrecida y poco teorizada. En su deseo práctico, los juristas han dejado de pensar, escribir y legislar de forma significativa sobre las nuevas tecnologías.

Sin embargo, hay dos aspectos del Derecho y las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones que se han ignorado: uno es que el enfoque positivista sobre los impactos futuros de las nuevas tecnologías ha producido una restricción en consideración a la tecnología en general; y el otro aspecto está relacionado con la perspectiva histórica.

En relación con esta perspectiva histórica del Derecho y las tecnologías, existen dos cuestiones importantes que suelen ignorarse con mucha frecuencia:

- Una es el conocimiento de cómo ha evolucionado el Derecho a través del tiempo y cuáles son los factores que contribuyen al cambio jurídico.
- La otra cuestión hace referencia al pasado de la relación entre el Derecho y las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, porque a menudo los juristas escriben sobre la tecnología con una visión especulativa centrada en el futuro. Lo que no se considera es que el Derecho tiene un largo pasado, que es profundo y complejo especialmente si se relaciona con las nuevas tecnologías.

Las cuestiones y preocupaciones que han considerado las generaciones pasadas se redescubren y se presentan como algo nuevo, mucha de la preocupación y expectación sobre Internet en las primeras normas jurídicas son similares a las que se escribieron sobre el telégrafo después de su invención. Sin embargo, cualquier lección que se obtuvo en el proceso por el que se legalizó el telégrafo no fue considerada por los juristas en sus debates sobre la judicialización del ciberespacio.

Aunque efectivamente existen algunos académicos que reivindican la historia del Derecho y su relación con las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, la atención que presta la tendencia positivista dominante centrada en el futuro a la perspectiva histórica ha sido ciertamente escasa. La idea de que la historia jurídica del Derecho y la tecnología introduce una nueva forma de contemplarlas no se ha fomentado.

La cultura y la sociedad tampoco se suelen considerar como mediación de ambas figuras y comprender su recíproca relación, la investigación sociocultural no sólo resulta útil para comprender y regular mejor las nuevas tecnologías, sino también para concebir la propia tecnología como regulación.

Ciertamente resulta complejo desentrañar los progresos jurídicos de los progresos tecnológicos, conviene averiguar en qué punto debe el Derecho responder a los desarrollos tecnológicos. En los casos más claros, ante cambios tecnológicos evidentes las reformas jurídicas serán obviamente necesarias, y en estos casos las reformas jurídicas se producirán directamente a partir de los progresos tecnológicos.

Pero en los casos más complejos, se producirán situaciones en las que será menos claro que la tecnología está erosionando intereses importantes, lo cual indicaría un análisis más flexible y menos dogmático de la situación. Aquí aparece de nuevo la historia del Derecho y las tecnologías como una aproximación esencial, ya que un punto de partida en estas situaciones podría comenzar con conocer mejor como el Derecho ha respondido a los cambios tecnológicos en el tiempo, de manera que un conocimiento más profundo de la historia podría arrojar luz sobre el presente y el futuro de los progresos jurídicos.

Se suele afirmar que las mejoras de la condición humana tienden a ser el resultado de las innovaciones tecnológicas más que de las intervenciones legislativas o jurídicas, si existe algo de verdad en esta afirmación, esto implicaría una observación bastante triste para el Derecho, porque o bien supone que el Derecho no es la institución social y civilizadora que debe ser en la sociedad sino que su función y contribución es modesta, o bien que es una institución infrautilizada.

Es necesario que se corrija esta percepción negativa y rectificar las posibles deficiencias que existan en la realidad del desempeño de la función reguladora y normativa, que el Derecho se comprometa de forma más productiva con las innovaciones tecnológicas, sea mediante la aplicación más imaginativa de los recursos jurídicos y reguladores, mediante el desarrollo de sinergias entre los instrumentos de regulación jurídicos y tecnológicos, o mediante la mejora de mecanismos institucionales que configuren el entorno regulador.

En los últimos años, resulta evidente que se ha producido una sorprendente aceleración en la innovación de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, en cualquier aspecto de los sectores que son importantes para la existencia social del hombre, se observa la presencia de nuevas aplicaciones procedentes de estas tecnologías emergentes.

No sólo en occidente, en muchas partes del mundo la información y las comunicaciones están cambiando el panorama comercial y cultural, pues incluso si se cuestiona el calendario planteado para la convergencia de la tecnología de la información y comunicación con otras tecnologías (como la nanotecnología o la biotecnología), parece indudable que todas estas corrientes se reunirán de modo que se transforme la naturaleza de la condición humana.

¿Cómo debe ocuparse el Derecho de esta escena en constante cambio? Existen diversos enfoques:

- Desde la perspectiva en la cual el desarrollo y la aplicación de la tecnología ya se encuentra regulada en exceso la respuesta es sencilla, debe haber menos Derecho. Sin embargo, este punto de vista no tiene en cuenta algunos parámetros que son relevantes como la salud, la seguridad o los problemas culturales.
- Desde la perspectiva contraria, las aplicaciones de estas tecnologías deberían operar con la denominada “licencia social”, es decir, las tecnologías deben estar sujetas a las imperiosas limitaciones del respeto a los derechos humanos y a la dignidad humana. Por tanto, corresponde a los políticos y a los juristas establecer los límites de estas innovaciones tecnológicas para poder coordinar la evaluación y la gestión de los riesgos, los procedimientos de participación pública y establecer los términos de responsabilidad.

Corresponde al Derecho establecer un entorno de gobernanza favorable a las innovaciones tecnológicas adecuadas y que asegure que los beneficios se comparten de forma justa, es evidente que los desafíos a los que se enfrenta el Derecho son notables. En el mejor de los casos, este entorno regulador debe fomentar y dar prioridad a las innovaciones tecnológicas que prometan reforzar las condiciones que son esenciales para la existencia social humana, y al mismo tiempo, protegerla de forma efectiva de los abusos y de los riesgos inherentes que presentan determinadas líneas de desarrollo tecnológico.

Sin embargo, en el mundo real la legislación tiene un control limitado sobre los parámetros en torno a los cuáles se configuran las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, porque simplemente existen severas restricciones sobre lo que un determinado país puede controlar de forma

individual fuera de sus fronteras geográficas. Incluso dentro del propio país, en ocasiones, tampoco se puede garantizar que se cumplan las leyes.

Este fracaso es debido a la falta de competencia o por razones de apropiaciones o corrupciones; otras veces es porque los sujetos pasivos sometidos a la regulación se resisten o cumplen la ley con un espíritu evasivo; y también cabe la posibilidad de que una intervención que de otra manera sería exitosa se vea frustrada por circunstancias que están más allá tanto del control de la ley como de los ciudadanos.

Por otra parte, además de esta ruptura del parámetro espacial, de tan gran relevancia en el ámbito jurídico, y la falta de eficacia temporal, debemos también considerar los aspectos puramente gnoseológicos: se trata de un medio que, para su regulación, requiere en gran medida de un alto grado de conocimientos tanto técnicos como teóricos, lo que desemboca en que los vacíos legales de Internet actualmente se vean sustentados por la propia autorregulación, tanto individual como de diversas organizaciones que no tienen nada que ver con los Gobiernos de los Estados, lo que hace que la figura del Legislador se termine por perder en el limbo de lo ilocalizable, concluyendo por hacer irreconocible la legitimidad que debe acompañar a todo poder regulador, pues se confunden intereses personales con empresariales, de simple oportunidad, entre otros.

No obstante, en los últimos años, ha habido un aumento de los estudios académicos en los aspectos reguladores, en particular en pensar de forma más imaginativa sobre la selección y combinación de instrumentos reguladores, dando como resultado que podamos aprovecharnos de una comprensión más profunda de los factores que contribuyen al éxito o fracaso de las iniciativas reguladoras.

Sin embargo, a esta inteligencia reguladora todavía le queda mucho camino que recorrer antes de poder abandonar el calificativo de primitiva, ni mucho menos para pensar detenidamente en las diversas estrategias para las intervenciones asistidas o decididas tecnológicamente. Se percibe, por tanto, que la regulación de las nuevas tecnologías y sus efectos sobre la sociedad y el Derecho, es una idea cuyo tiempo ya ha llegado. Es en este entorno donde se enmarca el presente trabajo.

Posiblemente el Derecho jamás pueda rivalizar con el carácter innovador de la tecnología, y ni siquiera debiera intentarlo, porque existe un elemento

conservador en él que explica su atractivo como regulador previsible de las interacciones y transacciones humanas. Con todo, cuanto más se esfuerza el Derecho por ser preciso y completo, con toda probabilidad antes llegará a “conectar” con las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, que son su objetivo de regulación. La creación de un marco jurídico para las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones es un desafío muy serio.



# **CAPÍTULO II - OBJETIVOS**



## CAPÍTULO II - OBJETIVOS

La hipótesis central de este trabajo sostiene que las nuevas Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones principalmente Internet y los servicios relacionados, presentan riesgos muy importantes de vulneración de los derechos fundamentales de las personas, afectando con ello al desarrollo de la vida privada cotidiana de las mismas. El Derecho tiene que proteger a estos ciudadanos dando respuestas concretas en forma de normas jurídicas que garanticen la defensa de los derechos fundamentales que se encuentran amenazados por estas nuevas tecnologías.

El objetivo principal de este trabajo es analizar el impacto de las nuevas Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones sobre los derechos fundamentales de la persona, en especial los derechos que tienen que ver con el honor, la libertad de expresión, la intimidad y la propia imagen.

Para ello se utilizará una aproximación histórico-jurídica, que permitirá entender y explicar la importancia de la historia de la evolución del Derecho, y cuál ha sido la influencia que han tenido los cambios tecnológicos sobre el mismo, resaltando cuales han sido las consecuencias jurídicas más importantes que se han producido.

Esto permitirá finalmente abordar la problemática actual entre Internet y Derecho y poder advertir sobre la afectación y vulnerabilidad de estos derechos fundamentales con relación al desarrollo tecnológico de Internet y servicios relacionados, con el fin de sensibilizar sobre su impacto en la sociedad.

De esta manera, se pueden plantear algunas respuestas a diversas incógnitas jurídicas, unas referidas a la configuración de la regulación de Internet, considerando la variación de los parámetros clásicos sobre los que se ha construido hasta ahora el ordenamiento y otras, al conjunto de relaciones jurídicas generadas en Internet que, a veces, presentan un aspecto negativo como son las conductas ilegales y antisociales derivadas de éstas.

- Con estos objetivos, en el Capítulo 4 se presentan y analizan las principales teorías sobre la evolución del Derecho, desde las primeras teorías sociales, pasando por las teorías evolutivas basadas en los principios Darwinistas, hasta llegar a las últimas teorías que utilizan los principios de la psicología evolutiva. Este análisis, permitirá comprender como evoluciona el Derecho y cuáles son los principales factores que condicionan los cambios que se producen en las normas jurídicas
- En el Capítulo 5, se analiza cómo ha evolucionado la relación entre Derecho y tecnología con el paso del tiempo, y como tiene que evolucionar esta relación para acomodarse al cambio fundamental que ya se ha producido en la naturaleza de la tecnología y que la hace tener un papel más activo en la vida de las personas.
- El Capítulo 6 se dedica a exponer los principales hitos históricos de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, analizando el marco socio-cultural y el impacto jurídico producido por la innovación tecnológica. Se obtendrá un marco de los contextos en los que se producen estas innovaciones tecnológicas y se evaluará la aparición de nuevas figuras jurídicas y la modificación de los marcos legislativos previos, junto a los cambios producidos en la mentalidad jurídico-social para culminar en el gran protagonista que es Internet.
- En el Capítulo 7 se estudia que son los derechos fundamentales de la personalidad y como se ven afectados por el uso de las nuevas Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, y cuál es el entorno fáctico de los problemas jurídicos que suscitan estos derechos fundamentales en Internet.
- Finalmente en el Capítulo 8 se discutirá algunos de los retos más relevantes que tiene el Derecho respecto a la utilización de Internet, haciendo hincapié en aquellos que están intrínsecamente relacionados con los derechos fundamentales de la personalidad. También se presentarán algunas propuestas y teorías jurídicas para la protección de estos derechos que ayuden a una mejor comprensión de estos retos.

# **CAPÍTULO III - METODOLOGÍA**



### CAPÍTULO III - METODOLOGÍA

Para poder llevar a cabo lo anteriormente expuesto, el estudio que vamos a realizar constituye un análisis cualitativo, ya que los análisis metodológicos empleados son: teóricos, manejando fuentes documentales y jurisprudenciales, a través del análisis de realidades concretas (el estudio de la evolución legislativa de las innovaciones tecnológicas) con consecuencias concretas (la necesidad de intervenir jurídicamente en la realidad social alterada por dicha innovación).

Ante el planteamiento de llevar a cabo una investigación en la que se incluye el comportamiento humano y las normas sociales se piensa en términos de si la investigación ha de ser de tipo cualitativo o cuantitativo.

El valor de las construcciones teóricas que incluye la investigación, conceptos, definiciones, representaciones, descripciones, etc, como hipótesis de perfectibilidad de una pequeña parte de la realidad social, dependen de la experiencia para su legitimación, y, a su vez, son el resultado de la coordinación de ideas recogidas en la experiencia, para aplicarlas a la mayor extensión posible.

Estas construcciones teóricas sirven de andamiaje al conocimiento de una parte de lo real y, a su vez, se correlacionan en un sistema infinitamente perfectible. De manera que, solamente van a sobrevivir las más coincidentes con el fin último para el que fueron concebidas.

Mediante la utilización de método fundamentalmente inductivo deductivo, basado en las fuentes de los diferentes ordenamientos, así como de los estudios doctrinales existentes sobre la materia, realizaremos un exhaustivo análisis sustantivo de los documentos encontrados.

Dentro de las técnicas metodológicas que hemos utilizado, destaca la observación documental a través de:

- Metaanálisis. Búsqueda documental y tratamiento de datos.
- El análisis de contenidos. Unidades de análisis, categorización, codificación y cuantificación.
- El análisis secundario. Fuentes de datos, análisis e interpretación.

La documentación analizada incluye monografías, jurisprudencia, legislación, revistas especializadas, nacionales e internacionales, fuentes demográficas e históricas, prensa y conferencias. Todo ello para aportar rigor científico al presente trabajo.



**CAPÍTULO IV -  
LA EVOLUCIÓN DEL  
DERECHO**



## CAPÍTULO IV - EVOLUCIÓN DEL DERECHO

El Derecho como sistema de normas y doctrinas no permanece inmutable, sino que cambia y evoluciona. Estos cambios se producen como consecuencia de interacciones complejas que implican a muchas personas y durante periodos de tiempo relativamente largos, cuestión diferente es preguntarse por qué cambia, cómo cambia y hacia dónde se dirige este cambio<sup>1</sup>.

Gran parte de la historia del Derecho se ha dedicado a la ambiciosa tarea de contestar a estas cuestiones. Una posible respuesta sería considerar al Derecho como un sistema que no tuviera ninguna predisposición a evolucionar, del mismo modo que las piezas de un rompecabezas no tienen la tendencia a formar la figura completa por sí mismas<sup>2</sup>.

Así, de forma estricta el Derecho nunca cambia por sí mismo, sino que es modificado desde fuera, no se transforma sino que es transformado. Si el Derecho evoluciona a través de procesos internos definibles o lo hace en respuesta a acontecimientos que lo rodean va a depender precisamente del conocimiento del por qué, del cómo y del hacia dónde se producen dichos cambios<sup>3</sup>.

¿Por qué cambia el Derecho? La respuesta a esta cuestión concreta no parece en principio complicada, el Derecho evoluciona simplemente porque la sociedad evoluciona, por tanto, no importa cuán perfecto pudiera parecer el Derecho en

---

<sup>1</sup> Cf. HEINER, R. A., «Imperfect Decisions and the Law: On the Evolution of Legal Precedent and Rules» en *The Journal of Legal Studies* 15 (1986), p. 227.

<sup>2</sup> Cf. GAGER, E. B., «Book Review», en *Yale Law Journal* 8 (1919) (reviewing KOCUREK, A. & WIGMORE, J. H., *Formative Influences of Legal Development*, Brown 1918), p. 618.

<sup>3</sup> Cf. RUHL, J. B., «The Fitness of Law: Using Complexity Theory to Describe the Evolution of Law and Society and its Practical Meaning for Democracy», en *Vanderbilt Law Review* 49 (1996), p. 1409.

cualquier momento histórico, en última instancia la sociedad cambiará lo suficiente para exigir cambios en el Derecho<sup>4</sup>.

La historia del Derecho explora las fuentes de los fenómenos jurídicos y la evolución de los sistemas e instituciones jurídicas individuales en diferentes contextos históricos. Realizando la comparación de diferentes sistemas jurídicos en diferentes etapas de desarrollo se intenta trazar la evolución de las instituciones jurídicas y los lazos históricos que pueden existir entre sistemas jurídicos diferentes<sup>5</sup>.

Los análisis históricos del derecho utilizan métodos comparativos que son esenciales para comprender el desarrollo de los sistemas jurídicos, no es posible investigar las instituciones y leyes contemporáneas sin el conocimiento derivado de los estudios de derecho histórico-comparativo, puesto que éstos son en gran medida el producto de condiciones históricas, préstamos e influencias mutuas de los sistemas jurídicos del pasado.

A través de la historia se ha observado que muchas normas jurídicas permanecen en vigor durante mucho tiempo, aunque a primera vista los grandes cambios sociales también impliquen innovaciones jurídicas. ¿Cómo se puede explicar la relativa longevidad de las leyes, aun cuando se dan grandes cambios sociales?

Se puede decir que hay estructuras sociales que han permanecido prácticamente invariables y que en consecuencia podrían explicar la larga

---

<sup>4</sup> Si los cambios en las condiciones sociales nos llevan a eliminar, por ejemplo, el impuesto sobre sucesiones, seguro que como consecuencia se producirán cambios en la sociedad más allá de los que impulsó el cambio en los impuestos, algunos de los cuáles serán intencionados y otros no. Por tanto, parece intuitivo que los cambios en la sociedad derivan en cambios en el Derecho, y que los cambios en el Derecho dan lugar a cambios en la sociedad.

<sup>5</sup> Cf. GORDON, R. W., «Recent Trends in Legal Historiography», en *Law Library Journal* 69 (1976), p. 462.

duración de algunas normas o instituciones jurídicas, pero esta referencia a algunas estructuras inmutables tiene poco peso como explicación<sup>6</sup>.

La cuestión relevante es si se puede construir un marco teórico general para evaluar las explicaciones respecto a la estabilidad y el cambio en las leyes, en principio no es suficiente para construir este tipo de teoría utilizar únicamente la perspectiva del Derecho comparado, sino que se requiere un análisis general de la sociedad.

Pero incluso con este análisis no se puede explicar completamente las condiciones y las relaciones causa efecto concretas de la evolución del Derecho, para ello es necesario aclarar algunos conceptos básicos y aumentar el conocimiento sobre la naturaleza y el progreso de las leyes<sup>7</sup>.

Históricamente, el término “evolución del derecho” o “evolución jurídica” suele utilizarse para describir un grupo de teorías que pretenden explicar los cambios jurídicos no sólo en términos históricos, sino mediante un proceso conforme a ciertas fases determinadas o predeterminadas.

Algunos autores señalan que estas teorías en sus formas totalmente desarrolladas, son esencialmente un fenómeno del siglo XIX y se elaboraron por pensadores que, en general, estaban satisfechos con el estado en el que se encontraba el Derecho, y que aunque les hubiera gustado ver ciertas reformas técnicas les preocupaba el riesgo que podría suponer un cambio integral en el Derecho.

Sin embargo, cada vez es más notorio que estas ideas sobrevivieron y que en el siglo XX se produjo un resurgimiento importante del interés por las teorías de la evolución del Derecho, particularmente en Estados Unidos<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Cf. MOUSOURAKIS, G., «Conceptualizing Legal Change: A Comparative Law Approach», en *Acta Juridica Hungarica* 48 (2007), pp. 263-264.

<sup>7</sup> Cf. ZUMBANSEN, P. & CALLIESS, G.-P., «Law, Economics, and Evolutionary Theory: State of the Art and Interdisciplinary Perspectives», en *Comparative Research in Law & Political Economy* 10 (2010), pp. 9-10.

<sup>8</sup> Cf. STEIN, P., *Legal Evolution. The story of an idea*, Cambridge 1980, p. 122.

#### 4.1. TEORÍAS SOCIALES DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO

La aproximación social es la teoría más antigua respecto a la evolución del Derecho y se caracteriza por la afirmación de que el Derecho no es un sistema autónomo, sino que es parte integral de la vida social de una comunidad. Desde esta perspectiva, no es tanto que el Derecho evoluciona sino que lo hace la propia sociedad, al evolucionar la lengua, la cultura, los sistemas políticos y la estructura económica, el Derecho también lo hace<sup>9</sup>.

##### 4.1.1. La perspectiva del derecho anglosajón en el siglo XVIII

Adam Smith es el principal artífice que fundamenta su teoría de la evolución del Derecho en el estudio de un gran número de sociedades y aunque utilizó el Derecho romano de forma considerable no llegó a darle una posición tan preeminente como la que disfrutó en las teorías del siglo XIX.

Dentro de los factores que afectan a la evolución del Derecho, se le atribuye principalmente la propia subsistencia de la sociedad, aunque también se incluyen algunos rasgos como el carácter nacional y la tradición cultural, también algunos factores psicológicos influyen en la determinación de los detalles de las normas jurídicas.

Las teorías de Smith fueron de alguna forma anticipadas por dos compatriotas suyos: John Dalrympe, del cual destaca “Un Ensayo hacia una Teoría General de la Propiedad Feudal en Gran Bretaña” en 1758; y Lord Kames, que publicó “Tratados de Derecho Histórico” en 1761<sup>10</sup>.

El propósito de Dalrympe fue trazar el progreso de las leyes de propiedad de Inglaterra y Escocia, en lo que respecta a su origen medieval, marcar sus variaciones en diferentes épocas y asignar las causas de esas variaciones. Limitó sus afirmaciones sobre las etapas de la sociedad a la propiedad de la tierra y pudo no ser consciente de sus potencialidades.

---

<sup>9</sup> Cf. SCHWARTZ, R. D. & MILLER, J. C., «Legal Evolution and Societal Complexity», en *American Journal of Sociology* 70 (1964), p. 160.

<sup>10</sup> Cf. CAMPBELL, R. H. & SKINNER, A. S., *Adam Smith*, Oxon 2010, p. 111.

Kames, en cambio, relacionó el desarrollo del Derecho con el desarrollo de la sociedad de una forma más sistemática, a través de un concepto de la evolución histórica de la sociedad humana a través de varias (y relativamente distintas) etapas<sup>11</sup>.

Este concepto envuelve la mayoría de las facetas de la existencia humana: la razón y la moral, la religión, modos de subsistencia (como la caza y la agricultura), y también la economía<sup>12</sup>.

Adam Smith contribuyó mucho más a la elaboración de esta teoría que relaciona la evolución del Derecho con el modo de subsistencia de la sociedad, el argumento ético de Smith se diseña en parte para dilucidar la forma en la que los hombres forman juicios en relación con lo que se considera idóneo que deben hacer o lo que tienen que evitar.

Este mismo argumento que ilustra la forma en la que los hombres realizan juicios también es importante en el sentido que explica el origen de la naturaleza de las normas generales de conducta, incluyendo las de la justicia. Su argumento incluye dos características:

- La primera, en la que Smith rechaza la aproximación racionalista a las cuestiones éticas.
- Y la segunda, que sugiere que las normas generales de comportamiento deben estar relacionadas con la experiencia de lo que, en ocasiones particulares, se piensa que es lo apropiado<sup>13</sup>.

Trazándose una distinción entre Derecho natural y Derecho positivo, se sugiere que el último varía en diferentes épocas y naciones, mientras que el primero muestra un grado de uniformidad con el transcurso del tiempo. En sus notas finales, Smith anuncia su intención de aportar una relación de los principios

---

<sup>11</sup> Hay que señalar que pese a la divergencia en sus postulados, el objetivo tanto de Dalrympe como el de Lord Kames era la unificación del Derecho inglés y escocés.

<sup>12</sup> Cf. RAHMATIAN, A., «The property theory of Lord Kames (Henry Home)», en *International Journal of Law in Context* 2 (2006), p. 193.

<sup>13</sup> Cf. ADAM SMITH, *The Theory of Moral Sentiments*, Soares, S. M. (Ed.), São Paulo 2006, republicación de la edición original publicada en 1759 en Londres por MILLAR, A., pp. 140-145.

generales del Derecho y del gobierno, y que la conformación de tal “teoría de la jurisprudencia” era posible, pero lo cierto es que no vivió para realizarla<sup>14</sup>.

Smith define el Derecho como la teoría de las normas mediante las que se deberían dirigir los gobiernos civiles y anuncia que el primero y principal proyecto de cualquier sistema de gobierno es mantener la justicia, entendiendo por justicia el acto por el cual se evita que los miembros de una sociedad usurpen las propiedades los unos a los otros:

*“The end proposed by justice is the maintaining men in what are called their perfect rights. When this end, which we may call the internall peace, or peace within doors, is secured, the government will next be desirous of promoting the opulence of the state. This produces what we call police. Whatever regulations are made with respect to the trade, commerce, agriculture, manufactures of the country are considered as belonging to the police”<sup>15</sup>.*

La justicia se define en términos de derechos, y esta se viola siempre que alguien es privado de algo a lo que tenía derecho y pudiera justamente demandarlo a otros, o más bien cuando se le daña o perjudica sin razón. Cuando se trata de los diferentes derechos que puede poseer un hombre, estos se dividen en tres clases:

- Los que posee un hombre como individuo.
- Los que posee como miembro de una familia.
- Los que posee como ciudadano de un Estado.

El perjuicio que sufre y en consecuencia el derecho que posee, depende del atributo por el cual se considere. Pero cuando se habla de derechos, se refiere solo a los derechos que llama perfectos o derechos legales en oposición a los derechos imperfectos o morales. Por tanto, Smith es crítico con los juristas naturales que difuminan esta distinción<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Cf. CAMPBELL, R. H. & SKINNER, A. S., *Adam Smith...*, cit. pp. 109-110.

<sup>15</sup> ADAM SMITH, *Lectures On Jurisprudence*, vol. V of The Glasgow Edition of the Works and Correspondence of Adam Smith by MEEK, R. L., RAPHAEL, D. D. & STEIN, P. G. (Eds.), Indianapolis 1982, p. 49.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 51-52.



En cuanto a qué derechos posee el hombre, cómo ya se acaba de indicar se aleja de las teorías ius naturalistas estableciendo una identificación del derecho con el patrimonio. El patrimonio incluye tanto los derechos de propiedad como los derechos personales que pueden derivar de los contratos o de los delitos que se produzcan.

Para comprender los fundamentos en los que se basan esos derechos se debe conocer qué etapa de desarrollo ha alcanzado la sociedad en cuestión, porque la ley relacionada con los derechos de propiedad varía considerablemente de una etapa a otra. Se introduce el concepto de evolución de la historia con cuatro etapas por las que una sociedad atraviesa. Cada una de ellas se caracteriza por los cambios en la organización de su vida material, teniendo en cuenta siempre que el hombre nunca se encuentra en un estado aislado:

- Etapa de los cazadores. Es una nación que consiste en una serie de familias independientes y apenas existe el gobierno y el Derecho, la propiedad privada es muy limitada y en consecuencia los delitos de hurto apenas existen. Los asuntos que conciernen sólo a los miembros de una familia se tratan dentro de la familia<sup>17</sup>.
- Etapa de los pastores. En esta época se establece el gobierno, por tanto, no puede coexistir con la etapa anterior. La población es más numerosa y vive una vida nómada, los animales se consideran propiedad de individuos particulares y comienza la distinción entre ricos y pobres<sup>18</sup>.
- Etapa de agricultura. La administración de las leyes se deja en manos de toda la comunidad constituida en asamblea popular, el pueblo se vuelve sedentario y los delitos más graves son los que se producen contra la propiedad. En última instancia la comunidad expulsa al delincuente, Smith compara esta sociedad con un club en el cual sus miembros tiene el poder de echar a cualquier miembro de la comunidad. Las leyes son más acuerdos, prácticas tradicionales que la promulgación de una legislación, lo legislativo es producto de maneras más refinadas y de la mejora del gobierno. Las causas de los litigios privados son muy escasos en

---

<sup>17</sup> Ivi, p. 56.

<sup>18</sup> Ibidem, pp. 187-189.

comparación con los litigios que tienen que ver con delitos contra la comunidad. La propiedad permanece como la base del poder y en la sociedad todavía hay una división entre los que poseen los medios de subsistencia y aquellos que tiene que ganárselo, estos últimos solo pueden adquirirla si se vuelven dependientes de algún jefe o señor<sup>19</sup>.

- Etapa del comercio. Se establecen los tribunales ordinarios y las leyes comienzan a aplicarse, la posibilidad de progreso depende de la habilidad de la sociedad para producir excedentes de productos más allá de sus propias necesidades inmediatas y de la oportunidad de exportar esos excedentes a otras sociedades. La población se encuentra establecida en una región y vive con comodidad y seguridad, los avances en artes y ciencias tendrán lugar siempre que exista un avance en la producción y se tenga la oportunidad de exportar los frutos del trabajo<sup>20</sup>.

Para Smith los cambios en la propiedad de los bienes van de la mano de los cambios políticos y se contempla una evolución cíclica de las formas de gobierno, cada uno de los cuales parece tener un final cierto y fijo que los termina. El principio general del desarrollo es que cuanto mejor es una sociedad y se desarrollan en mayor medida las diversas formas de apoyo a los habitantes, más numerosas tienen que ser sus leyes y regulaciones necesarias para impedir las violaciones de los derechos de propiedad<sup>21</sup>.

La importancia de la aproximación evolutiva de Smith radica en que le permitió explicar las bases institucionales legales en una forma diferente a la de los escritores de la tradición *ius naturalista*. Los dos grandes sistemas legales para trazar el desarrollo detallado de una determinada institución jurídica en aquellos tiempos eran sin duda el Derecho romano y el Derecho inglés. Como el Derecho inglés toma menos prestado del Derecho romano que ningún otro sistema

---

<sup>19</sup> Ivi, pp. 57-58. Hay que tener en cuenta que en los tiempos de Smith, la mayoría de las demandas legales provenían de tres situaciones: disputas sobre testamentos, acuerdos de matrimonio y disputas sobre contratos.

<sup>20</sup> Cf. ADAM SMITH, *Lectures On Jurisprudence...*, cit. p. 202.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 58.

jurídico, pensaba Smith que se encontraba más cercano a la naturaleza que cualquier otro Derecho<sup>22</sup>.

Lo que es natural para una sociedad se decide por el estado de desarrollo que alcanza dicha sociedad, esta creencia lo animó a buscar los aspectos sistemáticos del progreso de la sociedad llegando a la conclusión de que la libertad natural del hombre no reside en la ausencia de restricciones institucionales, sino que presupone que es el funcionamiento de esas instituciones las que permiten al comportamiento humano espontáneo mostrarse a sí mismo en una forma apropiada a cada etapa del desarrollo de la sociedad<sup>23</sup>.

#### 4.1.2. La perspectiva de la Escuela Histórica Alemana

Pese a la postura de Adam Smith, sería absurdo desdeñar la influencia del Derecho romano en cuanto al estudio de la evolución del Derecho, la primera escuela histórica nacida en Alemania nos muestra que la herencia que nos ha llegado del Derecho romano es una versión racionalizada, producida por juristas naturales que oscurecieron la forma en la que sus instituciones llegaron a ser lo que fueron y no permitiendo comprender su verdadero significado<sup>24</sup>.

Para el creador de la escuela histórica alemana, Gustav Hugo, el propósito de la ciencia del Derecho era identificar las razones que descansan detrás del Derecho positivo, y estas razones pueden ser tanto filosóficas como históricas. De hecho, la historia representa la mitad de la parte científica del derecho, el papel de los juristas no puede limitarse a preguntar si las leyes son razonables, sino que también se debe imponer la tarea de revelar como el Derecho llegó a ser lo que es, mediante la razón de la experiencia y la acción humana.

Este concepto de una nueva ciencia jurídica aunque todavía era relativamente rudimentario, fue un paso importante porque requería que la

---

<sup>22</sup> Ivi, p. 115.

<sup>23</sup> Cf. STEIN, P., *Legal Evolution. The story...*, cit. pp. 42-46.

<sup>24</sup> Cf. MOUSOURAKIS, G., «Transplanting Legal Models across Culturally Diverse Societies: A Comparative Law Perspective», en *Osaka University Law Review* 57 (2010), p. 92.

jurisprudencia científica considerara al Derecho de forma histórica. Así, los datos de la ciencia jurídica tendrían que provenir de la historia<sup>25</sup>.

Precisamente fue el propio Hugo el que tradujo al alemán el capítulo 44 de la obra “Declive y Caída del Imperio Romano” de Edward Gibbon, que versaba sobre el desarrollo del Derecho romano criticando a su vez los métodos anticuados reinantes en la historia del Derecho y afirmando cómo se debería llevar a cabo el estudio histórico del Derecho, según las indicaciones que tanto Montesquieu como el propio Gibbon le habían mostrado<sup>26</sup>.

Friedrich Karl von Savigny siguió y desarrolló la dirección marcada por su predecesor, retomando algunas de las ideas pragmáticas de Montesquieu y Hugo pero de una forma romántica, casi mística.

Fue Montesquieu el que argumentó que para que una norma fuera una buena ley tenía que ajustarse no a una razón abstracta sino al espíritu de la sociedad en la que iba a aplicarse, y este espíritu se destilaba a partir de una variedad ingredientes (religión, usos sociales, entre otros). Esto fue una reacción frente al racionalismo, universalismo e individualismo que se percibía en la filosofía del Derecho natural<sup>27</sup>.

Savigny añadió un ingrediente adicional referido como el “espíritu del pueblo”, una idea más imprecisa e intangible que la establecida por Montesquieu, que además tomaba elementos de aproximación histórica y el concepto de nación como entidad cultural caracterizada por su lengua y su literatura:

*“In the earliest times to which authentic history extends, the law will be found to have already attained a fixed character, peculiar to the people, like their language, manners and constitution. Nay, these phenomena have no separate existence, they are but the particular faculties and tendencies of an individual people, inseparably united in nature, and only wearing the semblance of distinct attributes to our view. That which binds them into one whole is the common conviction of the people, the*

---

<sup>25</sup> Cf. REIMANN, M., «Nineteenth Century German Legal Science», en *Boston College Law Review* 31 (1990), pp. 848-849.

<sup>26</sup> Cf. STEIN, P., *Legal Evolution. The story...*, cit. p. 56.

<sup>27</sup> Cf. SINGH, A. & CHHAJER, Y., «Savigny’s Voksgeist Theory of Law and Custom and it’s Development», en *International Journal of Research and Analysis* 3 (2015), p. 11.

*kindred consciousness of an inward necessity, excluding all notions of an accidental and arbitrary origin*"<sup>28</sup>.

La conexión orgánica del Derecho con el carácter del pueblo se preserva al desarrollarse la sociedad, por lo que el desarrollo de las sociedades es un proceso cíclico de crecimiento, las naciones nacen, maduran, decaen y mueren. El Derecho es una parte inseparable de la vida de la nación, así el Derecho crece con el crecimiento del pueblo y se refuerza con la fuerza del mismo, y finalmente desaparece cuando la nación pierde su individualidad<sup>29</sup>.

El Derecho tiene una doble existencia:

- La parte política o popular, que es inteligible para la gran mayoría del pueblo y que continúa como una parte de la vida general de la nación.
- La parte técnica que se configura como una disciplina en manos de los juristas.

La línea de demarcación de estos dos elementos varía en las diferentes sociedades de manera que los elementos políticos tienden a ser mayores en las repúblicas que en las monarquías. En los períodos de decadencia de una nación, el Derecho pierde su atracción popular y se convierte meramente en la propiedad de unos pocos expertos, incluso decayendo los elementos técnicos<sup>30</sup>.

La idea es que, tanto si el Derecho es consuetudinario como jurisprudencial, éste se desarrolla en todos los lugares no por la voluntad arbitraria de los legisladores sino mediante un poder operativo interno y silente. La transformación del Derecho se considera un proceso automático completamente separado de las acciones o las intenciones de los individuos<sup>31</sup>.

El Derecho no tiene una existencia separada, es un producto cultural no una idea racional o filosófica (un código), por lo que la ciencia del Derecho solo puede operar combinando el método sistémico y el histórico.

---

<sup>28</sup> Cf. FREDERICK VON SAVIGNY, *On the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*, London 1831, p. 24

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 30.

La investigación histórica es necesaria para revelar los principios generales del derecho positivo, pero este estudio del pasado es solo una herramienta, el verdadero propósito de la ciencia del Derecho es detectar los principios más íntimos del sistema y revelar su coherencia interna, es decir, la forma en las que los conceptos jurídicos individuales y las normas están unidas dentro de un todo<sup>32</sup>.

Reivindicó que las circunstancias de su tiempo no eran las adecuadas para elaborar un código que estableciera el Derecho para todos los tiempos, y basándose en la historia del Derecho romano argumentó que los sistemas legales atraviesan por varias etapas antes de alcanzar un periodo en el que la codificación es apropiada.

La teoría de Savigny de la evolución del Derecho por etapas se construye sobre una tímida analogía de la evolución de la naturaleza, aunque en la comprensión pre-darwiniana que carecía del concepto de selección natural. La palabra que utiliza Savigny una y otra vez para describir los cambios jurídicos es *Entwicklung* que en su contexto debería traducirse como "Evolución"<sup>33</sup>.

La teoría de Savigny fue revolucionaria por sugerir que el Derecho no es una creación intencionada de los gobernantes sino que evoluciona de alguna manera a partir del espíritu común del pueblo. Sin embargo, se muestra ambiguo sobre los mecanismos que producen la evolución del Derecho, y sobre lo que realmente significa el concepto de evolución del Derecho. Tampoco llegó a explicar por qué el movimiento de codificación al que se opuso no era un resultado tan "natural" del espíritu del pueblo como cualquier otro cambio<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Cf. POSNER, R., «Savigny, Holmes, and the Law and Economics of Possession», en *Virginia Law Review* 86 (2000), pp. 536-537.

<sup>33</sup> Cf. ELLIOT, E. D., «The Evolutionary Tradition in Jurisprudence», en *Columbia Law Review* 85 (1985), p. 41.

<sup>34</sup> Cf. MONATERI, P. G., «Methods in comparative law: an intellectual overview», en *Methods of Comparative Law*, MONATERI, P.G. (Ed.), Cheltenham 2012, pp. 11-12.

#### 4.1.3. De la aproximación histórico-social anglosajona a la perspectiva norteamericana

Henry J. Summer Maine amplió y perfeccionó la aproximación histórica a la evolución del Derecho de Savigny, siendo su obra más influyente “Derecho Antiguo” publicado en 1861. Esta obra fue publicada dos años después de que Darwin publicara “El Origen de las especies” y se ha especulado mucho sobre si ésta pudo influir en sus ideas.

Se identifican una serie de etapas sucesivas por las que tienen que pasar las sociedades avanzadas, cada una de estas crece a partir de la anterior y sienta las bases para su propia transformación en la siguiente. La clave para comprender la evolución del Derecho descansa en las formas primitivas de las concepciones jurídicas, que para el jurista son las mismas que para el geólogo las capas primitivas de la corteza terrestre:

*“If by any means we can determine the early forms of jural conceptions, they will be invaluable to us. These rudimentary ideas are to the jurist what the primary crusts of the earth are to the geologist. They contain, potentially, all the forms in which law has subsequently exhibited itself. The haste or the prejudice which has generally refused them all but the most superficial examination, must bear the blame of the unsatisfactory condition in which we find the science of jurisprudence”<sup>35</sup>.*

Estas formas primitivas contienen potencialmente todas las formas en las que el Derecho se ha manifestado posteriormente, la etapa jurisprudencial más primitiva es un sistema de Derecho basado en las sentencias de los reyes, al considerar Maine que no están conectadas entre sí mediante ninguna secuencia sistemática, no las califica como Derecho verdadero sino como meras órdenes.

La segunda etapa progresa a partir de estos reinados para posteriormente suplantarlos por el dominio de las aristocracias, el mandato del rey es usurpado por un consejo de jefes. En esta etapa nace la concepción del Derecho como un cuerpo normativo y con ello el poder de una “oligarquía jurista” cuya fuerza se basa en la reclamación de “monopolizar el conocimiento del derecho, tener la

---

<sup>35</sup> HENRY SUMMER MAINE, (1861) *Ancient Law: Its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, London 1908, pp. 2-3.

posesión exclusiva de los principios que deciden las disputas". A partir de la aristocracia surge el Derecho consuetudinario y la codificación<sup>36</sup>.

Las sociedades progresivas típicas que descansan en los códigos antiguos, como la romana, se modifican mediante tres instrumentos sucesivos de evolución jurídica:

- La ficción jurídica, es la etapa más primitiva y permite el cambio jurídico en un momento en el que no se puede admitir de forma abierta que se está cambiando el Derecho. Es cualquier asunción, con propósito jurídico que oculta el hecho de que una norma se ha alterado y que, aunque no se haya cambiado su texto sí se ha alterado su aplicación. Formalmente no se ha cambiado la norma, pero se incluye una nueva categoría dentro de su ámbito, y es que el uso de estas ficciones supone una forma muy valiosa de superar la rigidez de las leyes durante los momentos de progreso social. Algunos ejemplos históricos podrían ser la interpretación pontificia de las XII Tablas romanas o los esfuerzos de los magistrados de la Inglaterra medieval por aumentar su jurisdicción pretendiendo que clases de procesos que nunca habían abordado se encontraban realmente dentro de su jurisdicción.
- La equidad, que implica recurrir a una serie de principios jurídicos cuya superioridad intrínseca les faculta a sustituir el derecho más antiguo, se asume que estos principios tienen validez universal y existen al lado del estricto Derecho civil preexistente, al que finalmente sustituirán. El pretor en roma o el canciller en Inglaterra proporcionan la manera de introducir la equidad en sus respectivos sistemas.
- El tercer instrumento de mejora es la legislación, que difiere de las otras en que su autoridad y su fuerza de obligatoriedad derivan de cuerpo o persona externa, no de una serie de principios<sup>37</sup>.

"El Derecho Antiguo" fue un intento de explicar los progresos históricos de los conceptos jurídicos que se incorporaron al sistema social de su propio tiempo, tales como la propiedad, la disposición testamentaria, el contrato, los delitos y las

---

<sup>36</sup> Ivi, pp. 8-12.

<sup>37</sup> Ibidem, p. 22; Cf. STEIN, P., *Legal Evolution. The story...*, cit. p. 94.



penas. Maine explica que no podría haber llevado a cabo su investigación sino hubiera existido un cuerpo del Derecho como el romano, ya que en sus normas las sociedades posteriores tomaron la base para formar ciertas figuras jurídicas e instituciones civiles<sup>38</sup>.

La necesidad de tomar el Derecho romano como sistema típico le hizo extraer de él la mayoría de sus ilustraciones, aunque en principio se negara a escribir un tratado sobre la jurisprudencia romana, fue plenamente consciente de la importancia de esta materia y de su relevancia para comprender las instituciones del Derecho inglés<sup>39</sup>.

John Henry Wigmore, del que destacan algunas obras como “Wigmore on Evidence” y “La Evolución del Derecho”, es un autor imprescindible que sigue siendo citado actualmente por los tribunales y juristas de Estados Unidos. Entre 1915 y 1918, Wigmore y su colega Albert Kocourek publicaron un conjunto de lecturas en tres volúmenes cuyo objetivo era asumir la llamada inspiradora de Maine para trazar la evolución universal de las ideas jurídicas y desarrollar una teoría integral de la evolución del Derecho<sup>40</sup>.

Wigmore identifica una serie de factores sociales los cuales influyen en la evolución del Derecho, algunos de ellos son la raza, la intrusión extranjera, los grandes juristas o la densidad de la población, entre otras. Esta teoría, a diferencia de las anteriores se encuentra ligada a la teoría de la evolución de Darwin respecto a las condiciones medioambientales y su relación con la morfología de los animales y las plantas.

Al contrario que otros autores, que redujeron el concepto de evolución del Derecho a una progresión simplista de sucesión de etapas, Wigmore ataca de manera firme esta visión de la evolución del Derecho, proporcionando

---

<sup>38</sup> Cf. HENRY SUMMER MAINE, (1861) *Ancient Law...*, cit. Preface to the first edition p. IX.

<sup>39</sup> Cf. RABBAN, D. M., «American Legal Thought in Transatlantic Context, 1870-1914», en *Clio@Thémis. Revue électronique d'histoire du droit* 9 (2015), pp. 5-6.

<sup>40</sup> Cf. KOCOUREK, A. & WIGMORE, J. H. *Evolution of law; Select readings on the origin and development of legal institutions*, Vol I Sources of Ancient and Primitive Law, Boston 1915-1918, pp. XI-XII,

contraejemplos y desarrollando una analogía parecida a la compleja interacción de las fuerzas que influyen en el movimiento de los planetas:

*“The analogy of this planetary system to the law will not be necessarily identical; no physical analogy would be. But at least it shows how such complexities are consistent with regular evolution, i.e., with constancy of change and relation of forces by cause and effect, in a set of legal ideas forming part of a whole system. And the complexities of inter-related legal movements are certainly no less than those of the planetary system, but presumably vastly greater; for human life is but a part of the terrestrial mass, and law is but part of human life, and the details of their forces and phenomena are obviously more numerous than the grand forces of the total mass”<sup>41</sup>.*

El Derecho representa un equilibrio temporal entre fuerzas sociales contrapuestas, para solucionar el problema de la evolución de una determinada norma jurídica primero se debe analizar completamente las fuerzas sociales que descansan bajo la superficie y después no esperar que la norma evolucione a lo largo de la misma trayectoria.

Los evolucionistas sociales realizaron una gran contribución a la jurisprudencia al proponer una alternativa a la concepción positivista del Derecho como un artificio creado por la voluntad de los gobernantes. Al centrar la atención en los factores culturales y sociales sentaron las bases de la jurisprudencia sociológica y antropológica moderna<sup>42</sup>.

#### 4.2. TEORÍAS DOCTRINALES DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO

Los teóricos sociales del Derecho se centraron fundamentalmente en la evolución histórica de las sociedades en su conjunto y lo que reclamaron era los cambios correspondientes en la totalidad de la estructura del ordenamiento legal. El pensamiento jurídico ortodoxo en Estados Unidos heredó el concepto social de la evolución del Derecho para transformarlo en lo que se denominó aproximación “doctrinal”.

---

<sup>41</sup> WIGMORE, J. H., «Problems of the Law’s Evolution», en *Virginia Law Review* 4 (1917), p. 264.

<sup>42</sup> Cf. ELLIOT, E. D. *The Evolutionary Tradition...*, cit. pp. 47-49.

Esta aproximación afirma que la evolución tiene lugar no solo a nivel de las sociedades, sino también al nivel mucho más detallado de las declaraciones específicas de los principios y reglas jurídicas que los juristas denominan como doctrinas jurídicas. La evolución del Derecho a nivel de las doctrinas jurídicas específicas dentro de un ordenamiento jurídico constituye la escuela doctrinal de la evolución del Derecho<sup>43</sup>.

#### 4.2.1. La teoría doctrinal empírica

Oliver Wendell Holmes es la figura dominante de esta corriente, propuso dos ideas principales, primero que los jueces son los que hacen las leyes y segundo, que el Derecho evoluciona para adaptarse a las necesidades del momento. El Derecho no refleja la lógica sino la experiencia, de este modo, la mayor premisa de un análisis jurídico correcto se va a encontrar en la propia ley, y la menor premisa se va a encontrar en los hechos del caso concreto:

*“The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation’s development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become. We must alternately consult history and existing theories of legislation”<sup>44</sup>.*

Este análisis implica que los jueces pueden decidir sobre casos concretos con base en un razonamiento específico, esto es debido a que los jueces sienten de forma declarada o inconsciente las necesidades del momento social, las teorías morales y las políticas prevalentes, y tienen en cuenta estas circunstancias a la hora de determinar las normas que gobiernan a los ciudadanos.

---

<sup>43</sup> Ivi, p. 50.

<sup>44</sup> OLIVER WENDELL HOLMES JR., *The Common Law* (1881), PEREIRA, P. J. S. & BELTRAN, D. M. (Eds.), Toronto 2011, p. 5.

El Derecho no debe basarse en estándares objetivos de moralidad, sino que debe preocuparse sólo de los efectos prácticos y de las ventajas sociales. Se nota una gran influencia de las doctrinas pragmáticas y del Darwinismo social al afirmar que la vida se adapta constantemente a su medio ambiente, y que el cambio y el progreso son el fin último de la historia<sup>45</sup>.

El Derecho es simplemente la predicción de lo que harán los tribunales, puesto que no existen estándares de moralidad, los jueces no pueden decidir los casos mediante la razón, sino mediante los puntos de vista de las necesidades del momento. Así, se considera verdadero lo que se acepta en el mercado de las ideas y lo que es correcto es simplemente lo que triunfa.

Aunque se respetan ciertas sentencias judiciales como expresiones de la voluntad popular, lo cierto es que también se argumenta que los jueces necesitan ser activos a la hora de interpretar las leyes de acuerdo a sus sensaciones. Este punto de vista de la función del juez continúa ejerciendo una gran influencia en el ordenamiento jurídico de Estados Unidos.

El denominado “pragmatismo evolutivo” implica que las sociedades están continuamente reinterpretando las formas jurídicas para adaptarse a las nuevas exigencias, aunque la analogía que se establece entre el proceso de evolución del Derecho y la evolución biológica es muy imprecisa e indirecta<sup>46</sup>.

Hay que tener en cuenta que a finales del siglo XIX el término “evolución” no tenía el mismo significado que tiene en la actualidad, hoy en día se tiende a comprender la evolución en términos de la teoría de la mutación genética en biología. Cuando los pensadores norteamericanos de finales del siglo XIX hablaban de evolución no tenían los genes en mente.

De hecho, el concepto de mutación genética no llegó a proponerse en ciencias biológicas hasta 1901, dos años después Holmes publicaría “El Derecho en la Ciencia y la Ciencia en el Derecho”. El concepto de evolución había logrado

---

<sup>45</sup> Ivi, p. 97.

<sup>46</sup> Cf. WELLS, C. P., «Legal Innovation Within the Wider Intellectual Tradition: The Pragmatism of Oliver Wendell Holmes, Jr.», en *Northwestern University Law Review* 82 (1988), pp. 586-588.

aceptación entre filósofos, historiadores, astrónomos y geólogos, como una metáfora de los procesos graduales de los patrones de crecimiento o progresos.

Se concebía la evolución como un proceso universal de cambio gradual basado en la naturaleza y no en una estrecha analogía con la mutación. Se integran dos conceptos diferentes, el primero identificado con la “integración”, donde los conceptos jurídicos se expanden y se generalizan por medio de la ampliación de su lógica interna; y el segundo, con una analogía de la selección natural de Darwin, donde existe una lucha por la supervivencia y la competencia entre las ideas, que ilustra la evolución del Derecho contractual<sup>47</sup>.

Las decisiones que toman los jueces en los casos concretos son responsables tanto de esta “integración” como de la “lucha entre la competencia de las ideas”. En la medida en la que la justificación real de una norma legal sea capaz de lograr un fin social que deseamos, no es menos necesario que aquellos que hacen y desarrollan las leyes deberían tener articuladamente esos fines en sus mentes cuando aparezca un caso dudoso.

En estos casos dudosos, con ciertas analogías en un lado y con otras analogías en otro lado, lo que se presenta es un conflicto entre dos deseos sociales, cada uno de los cuales intenta extender su dominio sobre el caso, la simple herramienta de la lógica no es suficiente y en estos casos se les pide a los jueces que ejerzan su prerrogativa soberana de decisión<sup>48</sup>.

El juez que decide en un caso particular ciertamente ejercita su soberana prerrogativa de decisión pero desde una perspectiva académica, el aspecto interesante no es porque un juez en particular toma una decisión sino porque otros jueces hacen lo mismo<sup>49</sup>.

La teoría de Holmes es coherente en establecer que las decisiones conscientes de los jueces y las fuerzas evolutivas trabajan simultáneamente en el Derecho, el Derecho debe seguir o a la “lógica” o a la “experiencia”. Finalmente

---

<sup>47</sup> Cf. ELLIOT, E. D., «Holmes and Evolution: Legal Process as Artificial Intelligence», en *The Journal of Legal Studies* 13 (1984), pp. 119-120.

<sup>48</sup> Cf. OLIVER WENDELL HOLMES JR., «Law in Science and Science in Law», en *Harvard Law Review* 25 (1889), pp. 460-461.

<sup>49</sup> Cf. ELLIOT, E. D. *The Evolutionary Tradition...*, cit. pp. 54-55.

Holmes, no es capaz de explicar cuando los jueces tienen que seguir a la una o a la otra, el Derecho siempre está aproximándose a la consistencia pero nunca la alcanza, por una parte siempre está adoptando nuevos principios de la vida y a la vez, siempre retiene antiguos principios de la historia, sólo será consistente cuando cese de progresar<sup>50</sup>.

#### 4.2.2. La doctrina jurídica como base de la evolución del Derecho

Arthur Linton Corbin extendió la aproximación evolutiva a la doctrina legal de Holmes, en su obra "El Derecho y los Jueces" establece que el progreso del Derecho es un proceso evolutivo. Se describen las formas de actuar como seres vivos, la lucha por la supervivencia está marcada entre ellas y solo la más apta sobrevive.

Esta metáfora no debe tomarse sólo en un sentido figurado, sino que indica realmente también la biografía de los principios jurídicos, pues se distingue entre el Derecho que se aplica a los casos individuales, donde los jueces realizan actos de voluntad; y las doctrinas legales o normas del Derecho que evolucionan en la población general<sup>51</sup>.

El hecho de que un principio jurídico haya sido expresado una y otra vez no es garantía de que continuará siendo reconocido, al aparecer nuevos casos, los jueces deciden si siguen la norma previamente establecida o si la modifican de acuerdo al caso que les ocupa.

El término "supervivencia del más apto" se introduce para significar que algunas doctrinas son más probables en ser aceptadas que otras, nunca pretende claramente que algunas doctrinas jurídicas sean más aptas en el sentido biológico estricto de aumentar la probabilidad de que la sociedad que las adopte sobreviva<sup>52</sup>.

Más cercano a Savigny que a Holmes en sus postulados, Corbin enfatiza la función de la comunidad en la aplicación del Derecho, los jueces tienen el poder

---

<sup>50</sup> Cf. ELLIOT, E. D., «Holmes and Evolution...», cit. 139-142.

<sup>51</sup> Cf. KESSLER, F., «Arthur Linton Corbin», en *The Yale Law Journal* 78 (1969), p. 520.

<sup>52</sup> Cf. ELLIOT, E. D. *The Evolutionary Tradition...*, cit. pp. 55-57.

solo a partir de alguna clase de consentimiento y aquiescencia de todas las fuerzas activas de la comunidad.

Los jueces pueden liderar la multitud, pero su liderazgo solo se justifica por el éxito, es decir, por la aceptación por parte de la comunidad de los principios que se declaran. E incluso se va un paso más allá, abarcando la variación como una fuerza creativa del Derecho, se concibe la evolución del Derecho cuando una norma suplanta a otra en el tiempo.

El Derecho no es una norma simple y unitaria, sino una distribución muy amplia de respuestas en competición a la hora de resolver una disputa determinada, las decisiones judiciales pasadas funcionan como un valioso almacén de sabiduría, pero el Derecho nunca habla con una voz única<sup>53</sup>.

En su análisis final, Corbin es un poco ambiguo sobre lo que hace que un principio jurídico sea más apto que otros a la hora de ser aceptado por la comunidad, y sobre como los jueces trasladan estas preferencias de la comunidad al Derecho. Una de las cuestiones es cómo se puede saber si cuando alguien declara un nuevo principio jurídico, si este principio será apto o no. Corbin responde que, en realidad el principio no será tan nuevo, que se puede consultar la historia como orientación, si la historia no es esclarecedora, se debe comparar con otras doctrinas y aplicarlo a casos hipotéticos o intentarlo en casos reales, experimentar y esperar los resultados<sup>54</sup>.

Para Corbin el orden jurídico es capaz de renovarse continuamente a sí mismo de forma que preserva el consenso necesario para su mantenimiento. La racionalidad que se alcanza es más de naturaleza material que formal, ya que refleja las convicciones establecidas de la comunidad.

Un juez será sabio y justo si extrae el principio inmanente que se encuentra dentro de la conciencia común de la gente y lo declara como Derecho. Así el juez debe comparar las situaciones específicas que se le presentan con otras similares y encontrar “una situación tipo” que le permita construir una norma de trabajo tentativa que se pueda aplicar a todas ellas. Esta norma será corregida o

---

<sup>53</sup> Ivi, pp. 57-58.

<sup>54</sup> Ibidem.

reemplazada por otras generalizaciones, por otros jueces y académicos cuando se encuentren frente a situaciones nuevas<sup>55</sup>.

#### 4.2.3. Los factores ambientales como principio determinante de la evolución de la ley

Entre los años 20 y 70 del siglo pasado las referencias a la evolución de la jurisprudencia anglo-americana fueron escasas y aisladas, tuvieron su renacimiento en 1977 con la investigación jurídica de Robert Charles Clark. Al igual que sus predecesores (Holmes y Corbin), se centra en la evolución de las doctrinas jurídicas pero ampliando sus planteamientos más allá del Derecho consuetudinario incluyendo también la evolución de las leyes estatutarias<sup>56</sup>.

La primera vez que Clark propuso el concepto de evolución del Derecho fue con el análisis del impuesto sobre sociedades, reconociendo que el impuesto de sociedades es un artificio producto de la mente humana similar al de los diseños de las cerámicas, puntas de flecha y otros artefactos culturales, de este modo el impuesto estaría sujeto a un proceso de “evolución cultural”:

*“Did the corporate tax law, like a mature organism, have its major traits determined by a set of genes fixed in its infancy, or did it grow in a passive, mechanistic way, its important parts constantly shaped and reshaped in response to the shifting pressures of a changing environment?”<sup>57</sup>.*

A esta pregunta sobre si la determinación de las normas es “genética” o si existe una remodelación pasiva en respuesta a una presión ambiental en evolución, Clark afirma que efectivamente son los factores ambientales los que tienen peso en las normas, pero que sin duda unas pocas decisiones básicas se tomaron al principio y establecieron los fundamentos de estas normas, al menos en cuanto a sus aspectos más importantes<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> Cf. KESSLER, F., «Arthur Linton Corbin»..., cit. p. 522-523.

<sup>56</sup> Cf. ELLIOT, E. D. *The Evolutionary Tradition*..., cit. p. 59.

<sup>57</sup> CLARK, R. C., «The Morphogenesis of Subchapter C: An Essay in Statutory Evolution and Reform, Faculty Scholarship Series», en *The Yale Law Journal* 87 (1977), p. 90.

<sup>58</sup> *Ibidem*, pp. 91-92.



Así en el impuesto de sucesiones Clark limita estas decisiones básicas a siete principios estructurales y fundamentales que permitieron establecer un marco creando una interacción con los contribuyentes. Una vez establecido son los tribunales y el poder político los que arbitran y actúan como modeladores del ambiente cultural<sup>59</sup>.

Si bien el modelo de Clark es válido, no termina de estar claro en qué sentido el proceso descrito es evolutivo, aunque existe una ligera reminiscencia con la selección natural de Darwin, esta parece vaga y poco desarrollada<sup>60</sup>.

Esto es debido a que Clark no llegó a publicar una teoría completa sobre la evolución del Derecho, sino que prefirió escribir artículos describiendo los patrones característicos de la evolución jurídica en diferentes áreas del Derecho, destacando su obra de "Estudio Interdisciplinar de la Evolución Jurídica".

Hasta la fecha, la afirmación más detallada y general de una teoría de la evolución jurídica es el "*método de las siete fases para la construcción y validación de un estudio formal completo y explicación de una línea de evolución jurídica*"<sup>61</sup>.

- Definir la tendencia. Describir el cambio de una norma o conjunto de normas, identificando y documentando los elementos comunes relevantes en el cambio de una etapa a la otra.
- Identificar los puntos de partida. Lo que significa identificación de las fuentes, de las personas y de las instituciones, de la generación de las normas nuevas o de la variación de las antiguas.
- Identificar los principios de desarrollo. Describir el motor del cambio, algún mecanismo evolutivo que seleccione las normas en cuestión sobre normas rivales o alternativas.
- Identificar las condiciones relevantes de desarrollo. Especificar aquellas condiciones ambientales responsables de cómo los mecanismos de selección que operan realmente sobre los puntos de partida.

---

<sup>59</sup> Ivi, p. 96.

<sup>60</sup> Cf. ELLIOT, E. D. *The Evolutionary Tradition...*, cit. p. 60.

<sup>61</sup> CLARK, R. C., «The Interdisciplinary Study of Legal Evolution», en *The Yale Law Journal* 90 (1981), pp. 1256-1259.

- Presentar la explicación en conjunto. Relacionar los resultados siguiendo las directrices segunda, tercera y cuarta en una explicación de la tendencia identificada en la primera fase.
- Considerar hechos contrarios y argumentos. Se deberán establecer de forma explícita que datos no ratifican la explicación.
- Realizar experimentos reflexivos sobre los factores explicativos, y cuando sea posible, comprobar los resultados frente a las evidencias. Esta fase es crítica, ya que al menos que se lleve a cabo será muy difícil para el método producir patrones explicativos y generalizaciones jurídicas que pudieran combinarse en algo que de forma responsable se llamara una teoría de la evolución.

Esta teoría equivale a una afirmación de que el patrón general que subyace debajo de la mayoría de las evoluciones jurídicas no es universal, por lo que se insta a los investigadores a estudiar los principales desarrollos doctrinales en cambios discretos del Derecho tal y como han existido a lo largo de amplios periodos de tiempo, y los anima a buscar de forma constante formas de relacionar sus resultados obtenidos a partir de muchas investigaciones con algunas explicaciones generales de la evolución del Derecho<sup>62</sup>.

En general, la fortaleza del trabajo de Clark reside en su atención a la esencia de la doctrina legal en una serie de áreas, se intenta relacionar las tendencias en la ley mediante factores externos. La mayoría de su trabajo documenta el patrón en el cual la ley se acomoda gradualmente a los cambios en el ambiente, aunque no estén claros cuales son los mecanismos responsables de este cambio<sup>63</sup>.

#### **4.2.4. La aportación de Hayek y la transición a las teorías económicas**

Una aportación importante a las teorías doctrinales de la evolución del Derecho la propuso el economista austríaco y teórico de la política Friedrich August Von Hayek, en su obra "Derecho, Legislación y Libertad" se considera el

---

<sup>62</sup> Ivi, p. 1265.

<sup>63</sup> Ibidem, pp. 1269-1272.

Derecho como un orden espontáneo que es el resultado de un proceso evolutivo continuado:

*“In the terms we have adopted this means that the general rules of law that a spontaneous order rests on aim at an abstract order, the particular or concrete content of which is not known or foreseen by anyone; while the commands as well as the rules which govern an organization serve particular results aimed at by those who are in command of the organization. (...) Only when we pass from the biggest kind of organization, government, which as organization must still be dedicated to a circumscribed and determined set of specific purposes, to the overall order of the whole of society, do we find an order which relies solely on rules and is entirely spontaneous in character”<sup>64</sup>.*

El principal tema de su obra es que las normas deben ser generales, no arbitrarias y aplicables por igual a todos los individuos. Este “Estado de Derecho”, como lo define Hayek, debe servir como telón de fondo de los agentes imperfectos. Dado un código legal predecible, los individuos pueden aprender y adaptar su comportamiento en orden a coordinar sus actividades con las de los otros<sup>65</sup>.

Se entienden las innovaciones jurídicas realizadas por los jueces principalmente como un resultado no intencionado de la administración de justicia, la precondition necesaria es que los conflictos se presenten a los tribunales. Si los conflictos se producen a partir de situaciones económicas novedosas, como las normas jurídicas siempre son una respuesta a conflictos pasados, se tienen que generar innovaciones jurídicas.

Como un juez no puede referirse a una norma o convención establecida con anterioridad, tiene o bien que derivar en una innovación jurídica a partir de un principio jurídico superior o bien crear una nueva norma desde el principio. Incluso en el caso de situaciones bien conocidas, las expectativas opuestas que

---

<sup>64</sup> HAYEK, F. A., *Law, Legislation and Liberty*, London 1982, p. 50.

<sup>65</sup> Cf. BEAULIER, S. A., BOETTKE, P. J. & COYNE, C. J., «Knowledge, Economics and Coordination: Understanding Hayek’s Legal Theory», en *NYU Journal of Law and Liberty* 1 (2005), p. 215.

tienen las partes implicadas sobre la norma jurídica relevante pueden resultar en una acción por la que se modificara la norma por casualidad.

El juez puede obtener la norma jurídica aplicable al caso en cuestión haciendo referencia a normas jurídicas y convenciones informales, sin embargo, durante el curso de la articulación de una norma jurídica informal, es inevitable que de forma no intencionada se produzcan pequeñas modificaciones o innovaciones<sup>66</sup>.

La variedad de innovaciones jurídicas viables se verá restringida por los mecanismos de retención y selección inherentes al sistema judicial, en concreto, un juez tiene que ser capaz de defender su innovación jurídica frente a otros miembros del poder judicial de acuerdo a los principios válidos del Derecho.

Para Hayek la socialización de los jueces es decisiva y cada juez se esfuerza por decidir los casos en consonancia con los principios jurídicos heredados de la tradición jurídica. Además cree que lo mismo sería válido para la aplicación del Derecho estatutario, incluso si el órgano legislativo había previsto que una norma jurídica estatutaria debería interpretarse de una forma diferente<sup>67</sup>.

En general, Hayek prefiere las normas jurídicas realizadas por los jueces ya que asume que estos son más capaces de crear expectativas estables basadas en normas jurídicas abstractas, lo que es un prerrequisito para funcionar en una economía de mercado.

No obstante, reconoce que en determinadas circunstancias las innovaciones estatutarias pueden ser más ventajosas, debido a la evolución gradual de las normas jurídicas realizadas por los jueces, a veces el resultado puede derivar en vías indeseables que no pueden revertirse de forma fácil y rápida por los tribunales<sup>68</sup>.

Además, en caso de conflictos nuevos, se puede requerir una acción jurídica inmediata y en estos casos el órgano legislativo necesita menos tiempo que el poder judicial para promulgar de forma pública las innovaciones jurídicas.

---

<sup>66</sup> Cf. HAYEK, F. A., *Law, Legislation and Liberty...*, cit. pp. 87-88.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 141.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 116.

Para Hayek, la administración de justicia por los tribunales es un proceso de ensayo y error donde continuamente se están comprobando hipótesis sobre la interpretación jurídica apropiada de las normas. El mecanismo central de selección de las normas jurídicas que se aplican finalmente es la socialización de los jueces, las modificaciones graduales y las nuevas interpretaciones de las normas jurídicas bien establecidas pueden conducir a su aplicación en variadas situaciones económicas en el futuro<sup>69</sup>.

Además, pueden surgir conflictos nuevos debido a expectativas opuestas de las partes en relación con la validez de las normas jurídicas y de nuevo se tendrá que decidir en los tribunales. Como consecuencia, se dirige la atención a las características de creación de conocimiento de la evolución del Derecho, que se presenta como una tarea continua en un medio ambiente evolutivo.

El concepto de Hayek de la evolución del Derecho realizada por los jueces, no sólo se puede aplicar al sistema de Derecho consuetudinario anglosajón, sino que también se puede aplicar en el caso del Derecho estatutario, cuando los tribunales deciden sobre un caso concreto, también tienen que decidir el contenido preciso de una norma jurídica estatutaria que tienen que aplicar.

Así, en un momento dado, normalmente hay una serie de interpretaciones más o menos diferentes de la misma norma jurídica que se aplica en una jurisdicción. Sin embargo, la heterogeneidad jurídica viene limitada debido a los mecanismos de selección y retención inherentes a los sistemas judiciales. Por tanto este concepto de evolución del Derecho realizado por los jueces también se sostiene para los sistemas de Derecho estatutario<sup>70</sup>.

#### 4.3. TEORÍAS ECONÓMICAS DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO

Las teorías económicas de la evolución del Derecho se distinguen de las teorías doctrinales anteriores en que su objeto de atención es muy diferente. Los teóricos económicos de la evolución del Derecho no están interesados de forma particular en identificar patrones de cambio en la doctrina jurídica.

---

<sup>69</sup> Ivi, p. 102.

<sup>70</sup> Cf. ECKARDT, M., «Explaining Legal Change from an Evolutionary Economics Perspective», en *German Law Journal* 4 (2008), pp. 448-449.

Su principal preocupación fue la modelización de los procesos que provocan los cambios en las doctrinas jurídicas, la escuela económica de la evolución del Derecho propuso que en la evolución del Derecho participan procesos que son similares a la selección natural en biología<sup>71</sup>.

La tesis básica es que las personas comparten un deseo de eliminar costes innecesarios y que, con el tiempo, ese objetivo compartido de reducir los costes innecesarios produce que las leyes evolucionen hacia un estado de derecho que sea menos derrochador, o al contrario, hacia normas que aumenten la eficacia económica.

Las teorías económicas de la evolución del Derecho no son necesariamente inconsistentes con otras teorías anteriores de la evolución del Derecho, sino que incluso reclaman el haber solucionado el enigma que desconcertaba a Holmes y Corbin sobre por qué una norma jurídica resulta más potente que otra en la competición por la supervivencia. Para los teóricos de la economía la respuesta es que el estado de Derecho es más fuerte si reduce los costes sociales.

La aproximación económica a la evolución del Derecho tiene su génesis en las teorías económicas neoclásicas, desde las cuales el problema central de la economía es la organización y la distribución de los recursos escasos. Esto implica que la eficacia, entendida como la utilización óptima de los recursos disponibles para poder maximizar la utilidad individual y, en consecuencia, el bienestar de un país, se convierte en el criterio más relevante de evaluación<sup>72</sup>.

#### **4.3.1. La influencia ciudadana en la evolución del Derecho**

La base fundamental de la mayoría de las teorías económicas sobre la evolución del Derecho es que lo que determina la supervivencia de los principios jurídicos no son las decisiones de los jueces, sino las de las partes procesales litigantes.

---

<sup>71</sup> Cf. GOODMAN, J. C., «An Economic theory of the Evolution of Common Law», en *The Journal of Legal Studies* 7 (1978), p. 393.

<sup>72</sup> Cf. DEQUECH, D., «Neoclassical, mainstream, orthodox, and heterodox economics», en *Journal of Post Keynesian Economics* 30 (2014), p. 280.

Esta hipótesis evolutiva fue propuesta en 1977 por el economista Paul Rubin y mejorada y perfeccionada por George Priest. En esencia, los jueces solo deciden sobre aquellos casos que alguien lleva al tribunal, por lo tanto, las normas jurídicas no se producen solo por los jueces, es necesario un producto conjunto del patrón de decisiones de las partes para llevar los casos ante los tribunales, y el patrón de decisiones de los jueces existe cuando llegan los litigantes al juzgado.

Rubin sugiere que el patrón sistemático de decisiones de las partes sobre qué casos llegan a juicio es más importante a la hora de reformar las leyes que las propias decisiones de los jueces sobre esos casos que les llegan. Las leyes se configuran mediante un “modelo evolutivo” por el que las decisiones de los ciudadanos para resolver los litigios sirven para seleccionar entre la población aquellas doctrinas existentes que sobrevivirán y aquellas que “mutarán” cuando sean reexaminadas en los tribunales:

*“(...) the presumed efficiency of the common law and the decision to use the courts to settle a dispute are related. In particular, this relationship will occur because resorting to court settlement is more likely in cases where the legal rules relevant to the dispute are inefficient, and less likely where the rules are efficient. Thus, efficient rules may evolve from in-court settlement, thereby reducing the incentive for future litigation and increasing the probability that efficient rules will persist”<sup>73</sup>.*

El Derecho consuetudinario se puede comprender mejor como un intento de alcanzar la eficacia económica, esto se debe a la supuesta eficacia de las decisiones de los litigantes que buscan maximizar su utilidad más que a la sabiduría de los jueces. Rubin matiza la afirmación general de que el Derecho consuetudinario es eficaz, estableciendo que sólo alcanzará un resultado eficaz si las dos partes tienen un interés sustancial en futuros casos de este tipo.

Sin embargo, si las dos partes están interesadas en el efecto futuro de la norma jurídica, una de las dos partes siempre forzará el litigio hasta que se alcance un equilibrio o se acerque a una solución “eficaz”<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> RUBIN, P. H., «Why Is the Common Law Efficient?», en *The Journal of Legal Studies* 6 (1977), p. 51.

<sup>74</sup> Cf. TERREBONNE, R. P., «A Strictly Evolutionary Model of Common Law», en *The Journal of Legal Studies* 10 (1981), p. 397.

Este proceso evolutivo conducirá el Derecho hacia normas eficaces a pesar de las motivaciones de los jueces, para Rubin aunque los jueces decidan de forma independiente de la eficacia, todavía encontraremos normas eficaces. Los jueces inteligentes pueden acelerar el proceso de alcanzar la eficacia, pero no dirigen el proceso<sup>75</sup>.

Sin embargo, la tesis de Rubin es al mismo tiempo demasiado amplia y demasiado restringida, al afirmar que el Derecho evolucionará hacia la eficacia económica a pesar de la oposición judicial. Ninguno de sus argumentos justifica la afirmación de que el proceso evolutivo que identifica es lo suficientemente fuerte como para superar todos los sesgos contrarios en las decisiones de los jueces.

Como mucho, el proceso de Rubin da a los jueces mayores oportunidades para cambiar normas jurídicas ineficaces, pero no requiere que lo hagan de esa forma, si la distribución de otros factores que afectan a las decisiones de los jueces (como la tradición, la ideología política, los prejuicios), dichos factores tenderían a contrarrestarse unos a otros y las presiones selectivas que identifica podrían tender a promover la eficacia económica del Derecho<sup>76</sup>.

Pero si los prejuicios constantes afectan la distribución de las decisiones jurídicas, entonces el que las fuerzas evolutivas tuvieran una influencia importante sobre el Derecho sería una cuestión empírica. Por otro lado, el modelo de decisiones de litigio puede ser demasiado restringido al asumir que las partes siempre son racionales y maximizan la utilidad de sus decisiones, lo poco que se conoce sobre las razones por las que la gente va a juicio en vez de acordar sus diferencias de forma privada sugiere que las decisiones para litigar no siempre son racionales y maximizan la utilidad de sus decisiones<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> Cf. RUBIN, P. H., «Why Is the Common Law...», cit. pp. 52-55.

<sup>76</sup> Cf. BAILEY, M. J. & RUBIN, P. H., «A Positive Theory of Legal Change», en *IRLE* 14 (1994), p. 475.

<sup>77</sup> Cf. ELLIOT, E. D. *The Evolutionary Tradition...*, cit. pp. 65-66.



### 4.3.2. La teoría de los mercados en la evolución del Derecho

El razonamiento característico que subyace en las teorías económicas de la evolución del Derecho lo ilustró Richard Posner al aplicar las ideas principales de la teoría estándar de la microeconomía a las teorías doctrinales. Este enfoque incorpora tres premisas:

- Que los individuos maximizan su utilidad (tanto en un sistema de mercado como en uno jurídico).
- Que estos responden a los incentivos (precios o incentivos legales asimilables).
- Que el sistema jurídico se tiene que analizar y debe promover la eficiencia<sup>78</sup>.

Toda la información relevante en los mercados se comunica por medio de las señales de los precios, siendo este mecanismo decisivo en su coordinación. Para Posner, los mecanismos del mercado garantizan una distribución eficiente de los recursos de acuerdo con las preferencias de los consumidores, lo que se pone de manifiesto por los precios que están dispuestos a pagar<sup>79</sup>.

Sin embargo, se asume que en situaciones con altos costes de transacción, los tribunales proporcionan una distribución más económica de los recursos y funcionan por tanto como un sustituto de los mecanismos del mercado.

Las normas jurídicas imponen los “precios” de las actividades económicas potenciales, se asume que las personas que maximizan la utilidad (el concepto económico de utilidad hace referencia a la medida de las preferencias sobre un conjunto de bienes, incluidos los servicios, y representa la satisfacción experimentada por el consumidor a partir de un bien)<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> Cf. ARJONA, A. & RUBIO, M., «El análisis económico del derecho», en *Precedente. Revista Jurídica* 12 (2002), p. 123.

<sup>79</sup> Cf. MINDA, G., «The Lawyer - Economist at Chicago: Richard A. Posner and the Economic Analysis of Law», en *Ohio State Law Journal* 39 (1978), p. 455.

<sup>80</sup> Cf. POSNER, R. A., *El Análisis Económico del Derecho*, México 2000, p. 19.

En la evolución del Derecho, la eficiencia surge por medio de procesos similares a la mano invisible del mercado, como consecuencia de las acciones de los litigantes y de los jueces<sup>81</sup>.

Aparte de la ética específica, que los jueces aprenden durante el transcurso de su formación profesional, la estructura jerárquica de los tribunales modernos asegura una distribución eficiente de los derechos de propiedad por los mismos.

Por tanto, los jueces interesados en maximizar la utilidad solo adoptaran resoluciones que estén en consonancia con el orden jurídico general, puesto que la revocación de una sentencia por una instancia superior conduciría a una pérdida de reputación para el juez del tribunal inferior.

Se asume que los jueces generan de forma no intencionada las innovaciones jurídicas al aplicar una determinada norma jurídica a un caso específico, así un juez podría modificar ligeramente una norma jurídica existente simplemente por mera casualidad. Estas innovaciones jurídicas, que al principio solo se aplicarían al caso particular, se diseminan de dos formas:

- En primer lugar, la parte derrotada podría apelar a un tribunal superior, que a su vez podría confirmar la decisión del tribunal inferior, convirtiendo esta innovación jurídica en un precedente.
- En segundo lugar, conflictos similares podrían llevar a un aumento de la frecuencia de los pleitos, y por tanto, la norma jurídica subyacente se llevaría a los tribunales más a menudo. De esta forma aumenta la probabilidad de que la norma modificada lo sea con mayor frecuencia por tribunales de diferente jurisdicción.

Estos mecanismos utilizan de forma inherente ideas evolutivas, la serie de alternativas jurídicas asumidas que constituyen el proceso por el que se crean las innovaciones jurídicas y por tanto, su variedad, ya no se modelan de forma explícita<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> Cf. VERMEULE, A., «The Invisible Hand in Legal and Political Theory», en *Virginia Law Review* 96 (2010), p. 1421.

<sup>82</sup> Cf. SAMUELS, W. J. & MERCURO, N., «Posnerian Law and Economics on the Bench», en *International Review of Law and Economics* 4 (1984), pp. 112-116.

Además, se exploran los mecanismos de selección que restringen el rango de normas jurídicas viables, la hipótesis bien conocida y ampliamente discutida de que los cambios jurídicos realizados por los jueces tienden a aumentar la proporción de normas jurídicas que promueven la eficiencia económica implica una afirmación en la dirección de los cambios jurídicos realizados por los jueces a lo largo del tiempo. Esto implica que el sistema de tribunales debería ser capaz de imitar perfectamente los mercados competitivos<sup>83</sup>.

#### 4.3.3. La relación entre eficacia jurídica y eficacia económica de las normas

George L. Priest propuso una variación que simplificaba y extendía las ideas de Rubin, la lógica evolutiva central del modelo del Derecho consuetudinario mantiene que es más probable “relitigar” las normas jurídicas ineficaces que las que son eficaces, y aquellas serán cambiadas eventualmente por los tribunales.

La principal diferencia entre sus teorías sobre la evolución del Derecho consuetudinario se centra en las explicaciones sobre por qué las normas jurídicas ineficaces tienen más probabilidad de ser “relitigadas” hasta que son modificadas:

*“According to our model, the determinants of settlement and litigation are solely economic, including the expected costs to parties of favorable or adverse decisions, the information that parties possess about the likelihood of success at trial, and the direct costs of litigation and settlement. The most important assumption of the model is that potential litigants form rational estimates of the likely decision, whether it is based on applicable legal precedent or judicial or jury bias.”<sup>84</sup>.*

Rubin se basaba en la calificación importante de que ambas partes litigantes se deberían ver afectadas de forma suficiente por una norma jurídica concreta como para estar dispuestas a invertir en el litigio con la esperanza de que el tribunal utilizara su caso para reemplazar esa norma por otra más eficaz.

---

<sup>83</sup> Cf. ECKARDT, M., «Explaining Legal Change from...», cit. pp. 450-451.

<sup>84</sup> PRIEST, G. L. & KLEIN, B., «The Selection of Disputes for Litigation», en *The Journal of Legal Studies* 13 (1984), p. 4.

La teoría de Priest elimina esta restricción, las normas eficaces tienen más probabilidades de perdurar como control de los precedentes, con independencia de la actitud de los jueces individuales hacia la eficacia, también con independencia de la capacidad de los jueces para distinguir consecuencias eficaces o ineficaces, o del interés o desinterés de los litigantes por la eficacia distributiva de las normas jurídicas<sup>85</sup>.

Las afirmaciones de Priest se reducen a una cadena de razonamiento sencilla:

- Las normas ineficaces aumentan los costes.
- Lo cual aumenta el interés en el litigio.
- Lo que a su vez aumenta la frecuencia de litigios en relación con los acuerdos<sup>86</sup>.

Se afirma que los casos que implican normas ineficaces tienen mayor probabilidad de ser litigados que los casos que implican normas eficaces y, por definición, las asignaciones de responsabilidad que son ineficaces imponen costes mayores que las asignaciones de responsabilidad que son eficaces<sup>87</sup>.

Incluso si las partes tienen libertad para negociar la reasignación de los costes hacia aquellos que pueden asumirlos de forma más asequible, y asumiendo que la negociación no tenga costes en sí misma, los costes siempre serán mayores en las normas ineficaces que en las eficaces<sup>88</sup>.

Priest asegura que los intereses en litigio serán mayores cuando la norma jurídica que prevalece es ineficaz que cuando la norma es eficaz, porque la cantidad en riesgo aumenta por lo que costaría superar la asignación ineficaz de responsabilidad inicial a través de la negociación privada.

---

<sup>85</sup> Cf. PRIEST, G. L., «The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules», en *The Journal of Legal Studies* 6 (1977), p. 65.

<sup>86</sup> Cf. PRIEST, G. L., «Reexamining the Selection Hypothesis: Learning from Wittman's Mistakes», en *The Journal of Legal Studies* 14 (1985), p. 220.

<sup>87</sup> Cf. GALANTER, M., «Conceptualizing Legal Change and Its Effects: A Comment on George Priest's "Measuring Legal Change"», en *Journal of Law, Economics & Organization* 3 (1987), p. 237.

<sup>88</sup> Cf. PRIEST, G. L., «Reexamining the Selection Hypothesis...», cit. p. 66.

Pero si todos los otros factores se mantienen constantes, aquellos casos en los que los intereses sean mayores tendrán mayor probabilidad de litigio que aquellos en los que los intereses sean menores. Así las normas ineficaces como clase tendrán más probabilidades de generar litigios que las eficaces, y por tanto, también de ser objeto de reexamen judicial<sup>89</sup>.

En sentido estricto, el razonamiento de Priest no apoya la propuesta que subyace bajo su tesis evolutiva, en concreto que las clases de disputas que surgen de las normas legales ineficaces tienen mayor probabilidad de ser objeto de litigio que las clases de disputas que surgen de las normas eficaces.

El argumento de Priest solo muestra que en cualquier caso particular habrá más riesgo si la norma jurídica aplicable es ineficaz, y estaría en menos riesgo en el caso de que la norma hubiera sido más eficaz.

Priest parece cometer la “falacia de composición” lógica al saltar desde la afirmación de que una norma jurídica ineficaz aumenta los costes de casos individuales hasta la conclusión completamente diferente de que los costes son mayores en las clases de litigios que surgen de normas ineficaces.

Su tesis se restringe al afirmar que las normas jurídicas en vigor consistirán en una proporción mayor de normas eficaces que las que de otra manera permiten los prejuicios o las incapacidades de los jueces, sólo sostiene que el proceso evolutivo inherente al Derecho consuetudinario es un factor que influye en el Derecho<sup>90</sup>.

#### 4.3.4. Los modelos matemáticos en la evolución del Derecho

Robert Cooter y Lewis Kornhauser desarrollaron una tercera teoría de la evolución del Derecho consuetudinario donde critican la tesis de que el Derecho podía alcanzar la eficacia económica sin la ayuda de los jueces. Realizaron una serie de supuestos y desarrollaron un modelo formal matemático para la evolución del Derecho que les permitió mostrar como las presiones evolutivas que surgen de las decisiones de acuerdos entre litigantes no son suficientes para

---

<sup>89</sup> Ivi, pp. 67-68.

<sup>90</sup> Cf. ELLIOT, E. D. *The Evolutionary Tradition...*, cit. pp. 68-69.

provocar que el sistema legal adopte y mantenga las mejores normas jurídicas sin la ayuda de los jueces:

*“The evolutionary forces, however, must be consistent with the standard of goodness; that is, if efficiency is the standard and differential litigation the process, the frequency of litigation must depend on the “efficiency” of the rule. Similarly, a standard like the quality of life requires the frequency of litigation to depend on how the rule affects the quality of life.”<sup>91</sup>.*

En cambio, se admite que, al menos en los procesos sencillos de cambios jurídicos, las fuerzas evolutivas pueden mejorar el sistema legal en relación con lo que sería en caso contrario. Es decir, si el efecto de la relitigación selectiva que propuso Rubin y Priest existe realmente, estos autores estarían de acuerdo en que tendería a aumentar la proporción de normas eficaces en el derecho<sup>92</sup>.

Cooter y Kornhauser concluyen que las fuerzas evolutivas en el Derecho no pueden conducir a una única norma eficaz, sino que más bien tenderán a un equilibrio en el que reaparecen tanto las mejores y las peores normas jurídicas. Estos resultados contradicen las afirmaciones más extremas y simples que se habían propuesto para los modelos evolutivos del Derecho, pero no son inconsistentes en absoluto con la tradición evolutiva como tal<sup>93</sup>.

Recordemos como la “Teoría Planetaria” de Wigmore sobre la evolución del Derecho consistía en una forma menos matemática de establecer que el Derecho no es una norma simple sino una distribución de principios en competición. De forma similar, las teorías evolutivas en biología no establecen que solo el más adaptado sobrevivirá, sino más bien reconoce que la evolución dará lugar a una

---

<sup>91</sup> Cf. COOTER, R. & KORNHAUSER, L., «Can Litigation Improve the Law without the Help of Judges?», en *J. Legal Stud.* 9 (1980), p. 141.

<sup>92</sup> Ibidem, pp. 150.

<sup>93</sup> Cf. COOTER, R. & ULEN, T., *Law and Economics* (2016), en <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=books> (Consultado 10/11/2017), p. 414.

distribución amplia de soluciones variantes para un problema determinado de supervivencia<sup>94</sup>.

Estos autores, más que refutar las teorías evolutivas del derecho, enriquecen la tradición evolutiva mostrando cómo es posible modelar la evolución del Derecho como un equilibrio en el que varios principios jurídicos compiten por la supervivencia más que como un proceso simplista donde sólo una única norma eficaz permanece<sup>95</sup>.

Estas teorías económicas de la evolución del Derecho provocaron una gran cantidad de críticas, algunas de ellas eran aplicaciones particulares de una objeción más general de la aproximación económica en la investigación jurídica y otras discrepaban de los modelos del proceso de acuerdo y proponían sus teorías alternativas sobre los factores que inducen a las partes a acordar en vez de litigar en sus disputas<sup>96</sup>.

#### **4.3.5. De las teorías económicas neoclásicas a las teorías económicas modernas**

Una cuestión básica en las teorías económicas de la evolución del Derecho es la eficacia del Derecho, la mayoría de los trabajos sobre Derecho y economía consisten en intentos de examinar doctrinas jurídicas particulares e intentar determinar si son eficaces. Este método de análisis es fundamentalmente diferente de los análisis de eficacia en otras ramas de la economía<sup>97</sup>.

En economía, se plantea un proceso (por ejemplo, la competitividad del mercado) y se muestra si el proceso da lugar a resultados eficaces. Los

---

<sup>94</sup> Cf. GOULD, S. J. & LEWONTIN, R. C., «The Spandrels of San Marco and the Panglossian Paradigm: A Critique of the Adaptationist Programme», en *Proc. R. Soc. Lond.* 205 (1979), p. 581.

<sup>95</sup> Cf. ELLIOT, E. D. *The Evolutionary Tradition...*, cit. pp. 69-70.

<sup>96</sup> Vid. RIZZO, M. J., «The Mirage of Efficiency», en *Hofstra Law Review* 8 (1980), pp. 641-642; Vid. LANDES, W. M. & POSNER, R. A., «Adjudication as a Private Good», en *The Journal of Legal Studies* 8 (1979), p. 259.

<sup>97</sup> Cf. CHRISTIANSEN, G. B., «Law as a Discovery Procedure», en *Cato Journal* 9 (1990), p. 500.

economistas generalmente no examinan a los consumidores para ver si tienen relaciones equiparables de utilidades marginales, ni a las empresas para ver si cargan los costes marginales.

Más bien, se presenta el proceso que genera resultados y como se conduce a la eficacia, por esta razón muchos economistas no se sienten cómodos con las afirmaciones de eficacia en Derecho y economía. No obstante, cualquier análisis de la eficacia de cualquier cuerpo jurídico conduce a dos conclusiones, a si se puede considerar como eficaz o no<sup>98</sup>.

Las teorías económicas de la evolución del Derecho a pesar de sus deficiencias sustanciales, representan un avance notable en la tradición evolutiva, ya que estas teorías centraron los mecanismos que pueden explicar los patrones de los cambios evolutivos que muchos autores habían observado con anterioridad.

La escuela evolutiva económica ha ampliado el punto de vista del sistema legal para incluir el papel de los litigantes, junto con el de los jueces a la hora de aprobar una norma. Sin embargo, estas teorías económicas no han considerado la tradición cambiante como parte en los modelos evolutivos del Derecho.

En este sentido, merece destacar como las hipótesis económicas podrían entenderse en un sentido más amplio como una teoría de cómo los valores de la sociedad pueden moldear el Derecho, y de esta forma entroncar con las teorías sociales de la evolución del Derecho y parecerse al “espíritu del pueblo” de Savigny<sup>99</sup>.

El relato económico de la evolución del Derecho permanece incompleto, primero porque las teorías económicas de la evolución del Derecho dependen de un número de asunciones controvertidas:

- Como que los individuos están motivados por un deseo de maximizar su riqueza (la utilidad).
- Que se comportan racionalmente.

---

<sup>98</sup> Cf. RUBIN, P. H., «Judge-made law», in *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. 5: *The Economics of Crime and Litigation*, BOUCKAERT, B. & DE GEES, G. (Eds.), Cheltenham and Northampton 2000, p. 544.

<sup>99</sup> Cf. ELLIOT, E. D. *The Evolutionary Tradition...*, cit. p. 71.



- Que en un sistema jurídico los resultados se basan (o así se percibe) en normas derivadas de los precedentes.

Estas teorías económicas también dependen de la asunción de que ya existe un sistema jurídico, y como el propio Priest señaló, no existe ninguna teoría económica de la evolución del Derecho lo bastante buena que explique como el comportamiento individual que maximice la utilidad puede generar un sistema jurídico<sup>100</sup>.

No obstante, una hipótesis interesante que perfecciona las teorías económicas clásicas de la evolución del Derecho es la de Mark J. Roe, que afirma que la noción de la evolución hacia la eficacia es una determinante importante de la forma jurídica, pero no es la única determinante.

Se incorporan tres nociones subsidiarias dentro de un marco de eficacia:

- La importancia de las condiciones de partida.
- La dependencia del camino a seguir.
- Los accidentes evolutivos<sup>101</sup>.

El resultado de estos procesos sería que las normas estuvieran bien adaptadas pero no perfectamente adaptadas, de esta forma, comenzando con la referencia de las teorías económicas, la evolución económica selecciona los resultados muy ineficaces para extinguirlos, y los resultados eficaces sobreviven, pero esto no es suficiente para explicar de forma completa por qué sobrevive lo que sobrevive:

*“Although economic institutions that survive cannot be too inefficient, evolution-toward-efficiency only applies within broad parameters; it does not fully determine the institutions we observe. Integrating chaos theory, path dependence, and modern evolutionary theory into the classical evolutionary paradigm provides a richer understanding of how legal and economic institutions arose and survived”<sup>102</sup>.*

---

<sup>100</sup> Cf. PRIEST, G. L., «Social Science Theory and Legal Education: The Law School as University», en *Faculty Scholarship Series* 574 (1983), p. 438.

<sup>101</sup> Cf. RUBIN, P. H., «Judge-made law»..., cit. p. 548.

<sup>102</sup> ROE, M. J., «Chaos and Evolution in Law and Economics», en *Harvard Law Review* 109 (1996), p. 668.

Dentro de la laxitud de una eficacia aceptable, aquello que sobrevive no depende solo de la eficacia, sino de las condiciones a menudo accidentales de partida, de la historia de los problemas que ha tenido que solucionar en el pasado y que pueden ser irrelevantes en la actualidad, y de los accidentes evolutivos (lo que puede ser muy bueno hoy podría haber sido seleccionado para extinguirse en el pasado)<sup>103</sup>.

Aunque estas teorías no han triunfado en su tarea original de proporcionar una explicación para la eficacia del derecho, sin embargo, al demostrar la dificultad de alcanzar este objetivo, han ayudado a comprender cuando las normas pueden ser eficaces y cuando es probable que no lo sean.

Además, un foco importante de estos modelos evolutivos es que se centran en las decisiones de litigio (aunque también asumen las preferencias de los jueces) como los motores de la evolución del Derecho. Estos modelos económicos fueron los primeros en centrar la atención en los motivos de los litigantes, dándose cuenta de que los jueces solo pueden decidir sobre aquellos casos que se les presentan.

Las teorías doctrinales y las económicas sobre la evolución del Derecho se han desarrollado en sistemas de Derecho consuetudinario, tales como los Estados Unidos y el Reino Unido, donde las leyes muy importantes no emanan necesariamente del poder legislativo, sino que son los tribunales de apelación cuando deciden sobre casos específicos y por tanto crean los precedentes.

Este marco implica que los jueces deben ser capaces de tomar decisiones basadas en sus preferencias, y todavía debe ser posible abordar cuestiones sobre la evolución y la calidad de las leyes. Porque incluso si las decisiones judiciales estuvieran gobernadas por ideologías y prejuicios en vez de maximizar la eficacia, todavía el proceso evolutivo podría mejorar el derecho<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> Cf. BEBCHUK, L. A. & ROE, M. J., «A Theory of Path Dependence in Corporate Ownership and Governance», en *Stanford Law Review* 52 (1999), p. 167.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 667.

#### 4.3.6. La teoría de juegos aplicada a la evolución del Derecho

Recientemente se ha presentado un modelo para abordar estas cuestiones, en el que los precedentes evolucionan a través de una serie de decisiones de los jueces de apelación. Este modelo descansa en tres asunciones:

- La primera, próxima a las teorías doctrinales, asume que los jueces sostienen prejuicios que favorecen diferentes tipos de litigantes y que estos prejuicios varían a través de la población de jueces<sup>105</sup>.
- La segunda, cercana a las teorías económicas, asume que cambiar los precedentes es personalmente costoso para los jueces, ya que requiere una investigación adicional de los hechos, escritos adicionales, trabajo adicional para persuadir a los colegas que comparten mesa de apelación, riesgos adicionales de ser criticados, entre otras. La premisa, al margen de otros factores, de que los jueces no cambiarían las normas jurídicas implica que solo los jueces que están suficientemente en desacuerdo con la norma jurídica la cambiarán realmente<sup>106</sup>.
- La tercera, asume que el Derecho evoluciona cuando los jueces diferencian casos de precedentes más que sólo anular los precedentes. Distinguir en este contexto significa la introducción de una nueva norma jurídica que respalda los precedentes existentes pero que añade una nueva dimensión material a la resolución y sostiene que la decisión judicial debe depender tanto de la dimensión reconocida previamente como de la nueva<sup>107</sup>.

En este modelo, la diferenciación de los casos es el mecanismo central, o el margen de maniobra a través del cual el Derecho consuetudinario evoluciona a pesar de los precedentes vinculantes<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> Cf. GENNAIOLI, N., «Contracting in the Shadow of the Law», en *SSRN Electronic Journal* (2006) <https://ssrn.com/abstract=813664> (Consultado 25/01/2018), p. 3.

<sup>106</sup> Cf. POSNER, R. A., «What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)», en *Supreme Court Economic Review* 3 (1993), pp. 13-14.

<sup>107</sup> Cf. GENNAIOLI, N. & SHLEIFER, A., «Overruling and the instability of law», en *Journal of Comparative Economics* 34 (2007), p. 310.

<sup>108</sup> Cf. GENNAIOLI, N. & SHLEIFER, A., «The Evolution of Common Law», en *Journal of Political Economy* 115 (2007), pp. 43-47.

Las teorías del derecho y la economía en el siglo XX progresaron con el respaldo sólido de la microeconomía clásica, los responsables individuales de la toma de decisiones optimizan la utilidad de sus beneficios sujetos a restricciones. Mediante la aplicación de la disciplina de los análisis marginales de los microeconomistas y sus derivaciones a una amplia gama de problemas jurídicos, surge una considerable y en su mayoría exitosa, cantidad de estudios jurídicos académicos.

Con posterioridad, se produce un cambio importante en las herramientas metodológicas usadas por los teóricos de la microeconomía. Los estudios sobre el Derecho y la economía en los últimos años han ampliado el ámbito de los temas analizados y también de los métodos utilizados.

De modo que, en la actualidad, los modelos de la evolución del Derecho no sólo se apoyan en la maximización estática, sino que se basan también en aproximaciones de la teoría de juegos. De hecho, uno de los pioneros en intentar aplicar la teoría de juegos al derecho fue Randal C. Picker, que entendía esta teoría como una serie de herramientas y un lenguaje para describir y predecir el comportamiento estratégico<sup>109</sup>.

La teoría de juegos apareció para aumentar las aproximaciones tradicionales y polarizadas de la competición pura y el monopolio, en un marco competitivo, las personas y las empresas se consideran que no tienen que tomar decisiones reales, pues los precios se dan y sólo deben ser tomados.

En el marco de la teoría de juegos, los actores racionales necesitan preocuparse por las acciones de los demás, y esta es la interdependencia estratégica fundamental que aborda la teoría de juegos. Los marcos estratégicos implican típicamente a dos o más tomadores de decisiones, y a la posibilidad de relacionar una decisión con una segunda decisión y viceversa<sup>110</sup>.

---

<sup>109</sup> Cf. PICKER, R. C., «An introduction to Game Theory and the Law», en *Coase-Sandor Institute for Law & Economics* 22 (1994), pp. 2-4.

<sup>110</sup> El fragmento más conocido de la teoría de juegos es el “dilema del prisionero”. La fuerza del dilema del prisionero proviene de la incongruencia entre beneficio privado y bien común y a menudo se ve como una de las justificaciones teóricas para la intrusión del gobierno en la toma de decisiones privadas.

Las ideas básicas de la teoría de juegos, los equilibrios de Nash, y las inducciones hacia atrás y hacia adelante sugieren una serie de formas en las que esas ideas pueden ayudar a generar ideas en contra de la intuición en relación con los problemas jurídicos<sup>111</sup>.

Tomando estos parámetros de referencia resulta muy interesante la aportación de Masahiko Aoki, que considera que incluso la aproximación de la teoría de juegos sigue siendo estática en el sentido de que asume un espacio de acción determinado, del que los actores escogen de acuerdo con una determinada selección de estrategias disponibles.

En contra de esto, se sugiere un punto de vista cognitivo-constructivista y se formula una aproximación subjetiva de la teoría de juegos. El concepto de la institución-inducida, ya no depende de un espacio de acción cerrado sino que permite la variedad implicando una originalidad genuina<sup>112</sup>.

Su aproximación, aunque de modo implícito, trata no únicamente con la evolución del Derecho, sino que también puede resultar muy fructífera a la hora de analizar las interrelaciones de los cambios institucionales (incluyendo la propia evolución del Derecho) y los cambios económicos<sup>113</sup>.

#### 4.4. LAS TEORÍAS POLÍTICAS DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO

Desde el punto de vista económico la evolución del Derecho se produce por medio de la generación y la difusión de las innovaciones jurídicas en el tiempo, como se ha analizado anteriormente, uno de los principales mecanismos de evolución viene representado por los cambios jurídicos realizados por los jueces, en este sentido se enfatiza en la mayoría de las teorías doctrinales y económicas que se han desarrollado principalmente en los sistemas de derecho norteamericano y anglosajón.

Pero no se debe olvidar que existe otro mecanismo importante para la evolución del Derecho, y es la evolución del Derecho estatutario, esto es, si los

---

<sup>111</sup> Cf. PICKER, R. C., «An introduction to Game...», cit. p. 20.

<sup>112</sup> Cf. AOKI, M., «Towards a comparative institutional analysis: motivations and some tentative theorizing», en *The Japanese Economic Review* 47 (1996), p. 12.

<sup>113</sup> Cf. ECKARDT, M., «Explaining Legal Change from...», cit. p. 453.

cambios jurídicos realizados por los jueces vienen provocados por la judicatura a través de litigios individuales, la evolución del Derecho estatutario se basa en la legislación y por tanto, en la acción colectiva<sup>114</sup>.

En su mayor parte, los cambios jurídicos realizados por los jueces son subproductos no intencionados de la administración ordinaria de la justicia por los tribunales, y para que sean vinculantes para toda la jurisdicción tienen que diseminarse primero a través del sistema jerárquico de tribunales.

Sin embargo, las innovaciones del Derecho estatutario son el resultado de un proceso colectivo de solución de problemas y, una vez que han sido aprobadas mediante leyes, son vinculantes inmediatamente para toda la jurisdicción.

Las teorías políticas sobre la evolución del Derecho como un proceso de innovación derivan de dos enfoques principales:

- El enfoque de la elección pública a la política.
- Y el enfoque evolutivo-cognitivo de la elaboración de las políticas<sup>115</sup>.

#### **4.4.1. El enfoque político de la elección pública de las normas jurídicas**

Puesto que la política en las democracias modernas se establece mediante una serie de normas jurídicas, el análisis de la política se puede construir mediante un análisis concurrente precisamente de este Derecho surgido del poder legislativo.

El punto de atención principal se encuentra en el equilibrio de resultados provocado por las adaptaciones marginales de los agentes que maximizan su utilidad, o sentido personal del bienestar, frente a cambios en variables exógenas.

---

<sup>114</sup> Cf. ELLIOT, E. D., ACKERMAN, B. A. & MILLIAN, J. C., «Toward a Theory of Statutory Evolution: The Federalization of Environmental Law», en *The Journal of Law, Economics, and Organization* 1 (1985), p. 314.

<sup>115</sup> KORNHAUSER L. A. (1988) «The New Economic Analysis of Law: Legal Rules as Incentives», en *Law and Economics. Recent Economic Thought Series*, MERCURO, N. (Ed.), Dordrecht 1988, p. 32; Cf. SLEMBECK, T., «The Formation of Economic Policy: A Cognitive-Evolutionary Approach to policy-Making», en *Constitutional Political Economy* 8 (1997), p. 225

Los agentes relevantes en este paradigma incluyen a los votantes, a los grupos de interés especial, a los políticos (o partidos políticos) y a la burocracia. Todas estas partes intentan maximizar las rentas, o en este caso, los votos. Según este modelo, existe un intercambio de votos por promesas electorales o por la legislación esperada de los partidos elegidos<sup>116</sup>.

En otras palabras, se concibe en gran medida que los políticos, los partidos políticos, y el gobierno reaccionan de forma pasiva a las demandas expresadas por los votantes o los grupos de interés. Siguiendo este argumento, se puede además afirmar que el contenido de una ley se basa en el interés o bien del votante medio, del grupo de interés predominante, o de la burocracia controlada por el gobierno.

Especificando unas determinadas restricciones, funciones objetivas y mecanismos de intercambio se podría evaluar una serie de hipótesis empíricas comprobables frente al resultado de los procesos de negociación política y, por tanto, del contenido típico de la evolución del Derecho estatutario.

Sin embargo, hay que destacar que los mercados políticos, al igual que sucede con cualquier otro mercado económico, no es inmune al fracaso, por lo que la evolución de este Derecho no siempre produce resultados eficientes<sup>117</sup>.

Aunque las distintas líneas de la “elección pública” abordan aspectos específicos de la legislación, todas ellas tienen en común que normalmente dan por sentados el conjunto de opciones políticas y por tanto el conjunto de alternativas jurídicas. Posteriormente, sin embargo, cualquier desviación de las asunciones convencionales de la política clásica sufre un escrutinio creciente.

Un ejemplo esencial es el denominado “cambio cognitivo” propuesto por Douglass C. North, que asume que las personas actúan bajo información incompleta y en condiciones de racionalidad limitada, por lo que también se

---

<sup>116</sup> Cf. BECKER, G. S., «A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence», en *The Quarterly Journal of Economics* 98 (1983), p. 371.

<sup>117</sup> Cf. ECKARDT, M., «Explaining Legal Change from...», cit. pp. 440-441.

asume que interpretan la información que reciben a la luz de teorías y creencias subjetivas<sup>118</sup>.

Para que se produzca una acción colectiva, la comunicación transmite esas opiniones subjetivas del mundo en opiniones compartidas en común (las ideologías) que determinan las decisiones y el comportamiento<sup>119</sup>.

Como consecuencia, ya no se dan por sentado el conjunto de alternativas entre las que hay que escoger, los efectos de retroalimentación para descartar las alternativas ineficientes, incluso bajo competencia podrían no funcionar porque las personas no tienen los modelos cognitivos correctos de las relaciones causa efecto sobre las que basan sus decisiones<sup>120</sup>.

Aunque los estudios sobre la elección pública nos proporcionan implicaciones fecundas sobre los determinantes y los mecanismos de los diferentes marcos institucionales para la evolución del Derecho, solo tratan de forma superflua las cuestiones de cómo se generan y se extienden los bienes colectivos, y por tanto, las innovaciones jurídicas estatutarias<sup>121</sup>.

#### **4.4.2. El enfoque cognitivo-evolutivo en relación con la elaboración de las leyes**

El enfoque cognitivo-evolutivo en la elaboración de las leyes presenta la evolución del Derecho como un proceso de innovación, aplicando en este sentido, la noción del emprendedor como creador de innovaciones a todos los participantes del proceso político.

---

<sup>118</sup> Cf. LINDENBERG, S., «The Cognitive Turn in Institutional Analysis: Beyond NIE and NIS?», en *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 154 (1998), p. 720. El cambio cognitivo o *cognitive turn* es un desarrollo que comenzó en la psicología de los años cincuenta y que se extendió hacia otras ciencias sociales y del comportamiento. North se refiere explícitamente a la cultura en términos cognitivos como proveedora de un marco conceptual basado en el lenguaje para codificar e interpretar la información.

<sup>119</sup> Cf. DENZAU, A. & NORTH, D. C., «Shared Mental Models: Ideologies and Institutions», en *Kyklos* 47 (1994), pp. 7-8.

<sup>120</sup> Cf. WOHLGEMUTH, M., «Evolutionary Approaches to Politics», en *KYKLOS* 55 (2002), p. 228.

<sup>121</sup> Cf. ECKARDT, M., «Explaining Legal Change from...», cit. p. 442.



En este enfoque, el proceso completo de formulación e implementación de las leyes se analiza como un proceso colectivo de movilización y solución de problemas que se extiende desde el nivel de toma de decisiones individual, pero también a nivel colectivo y a nivel constitucional<sup>122</sup>.

Desde este punto de vista, muchas cuestiones y problemas de la política no se solucionan de forma completa porque existen una serie de filtros o barreras que dejan pasar ciertas cuestiones y otras no, la tarea principal de los políticos es precisamente superar esas barreras<sup>123</sup>.

Aspectos importantes en la política son los procesos cognitivos individuales de percepción e interpretación, también los de movilización y negociación colectiva, y la dinámica evolutiva a nivel constitucional.

Esta aproximación interdisciplinaria proporciona un marco que sugiere categorías nuevas para analizar la elaboración de políticas de una forma sistemática uniendo el comportamiento y el pensamiento del individuo con el proceso continuo a nivel colectivo y constitucional<sup>124</sup>.

De esta forma, los políticos y el gobierno ya no se consideran como actores pasivos que reaccionan a las demandas de los votantes, los grupos de interés o la burocracia. Más bien participan en generar soluciones nuevas a problemas colectivos que en última instancia darán lugar a la redacción de nuevas normas jurídicas.

Además, se asume que los propios problemas en vez de venir dados se pueden crear en un proceso de construcción cognitiva, en contraste con las teorías de la Elección Pública, tanto el conjunto de alternativas sobre las que se escogería un nuevo estatuto como el verdadero problema al que se daría solución no se consideran conocidos objetivamente de forma previa<sup>125</sup>.

---

<sup>122</sup> Cf. SLEMBECK, T., «Ideologies, Beliefs and Economic Advice – A Cognitive – Evolutionary View on Economic Policy-Making», en *Public Economics* 12 (2000), pp. 15-17.

<sup>123</sup> Cf. ŚLEDZIK, K., «Schumpeter's view on innovation and entrepreneurship», en *Management Trends in Theory and Practice*, HITTMAR, S. (Ed.), (2013), p. 93.

<sup>124</sup> Cf. SLEMBECK, T., «The Formation of Economic Policy...», cit. p. 226.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 227.

Obviamente, la incorporación de estas, hasta ahora variables exógenas limita el potencial explicativo del tradicional enfoque económico de la maximización de la utilidad que asume un conjunto dado de alternativas invariables y cerradas. El enfoque cognitivo-evolutivo permite derivar en hipótesis comprobables de forma empírica, los tres niveles (individual, colectivo y constitucional) se caracterizan por diferentes mecanismos de variación, selecciones de entornos y principios, y se interrelacionan mediante los agentes individuales que generan variaciones en cada nivel y por los resultados de los diferentes procesos de selección que a su vez afectan el trabajo en los otros niveles.

Aunque el nivel constitucional define las instituciones, las normas y los procedimientos que gobiernan los procesos de solución de problemas en el nivel colectivo, el individuo es el punto de partida para todas las innovaciones estatutarias. Este enfoque asume que las ideas y las percepciones novedosas generadas de forma continua conducen a las innovaciones jurídicas.

Pero la racionalidad limitada y el comportamiento gratificante establecen un primer límite a la generación ubicua de variedad. El descontento individual con la situación existente y la ambigüedad con respecto a la información recibida y las teorías extendidas conducen a los individuos a la percepción de problemas que se tienen que resolver<sup>126</sup>.

La implementación de las innovaciones estatutarias necesita que se supere un proceso colectivo de solución del problema que tiene cuatro etapas:

- En la primera etapa, la movilización de otras personas y recursos tiene que ser lo suficientemente elevada como para convencer a otros individuos sobre nuestro propio punto de vista del problema. Este proceso de movilización inicial implica la formulación y difusión de la consideración de un problema, esta etapa es la más fácil en cuanto más extendida se encuentre ya la visión del problema, cuanto más se ajuste la consideración del problema propuesto a las opiniones reglamentarias de una mayoría de actores interesados o influyentes y cuantos más recursos políticos y de otro

---

<sup>126</sup> Cf. ECKARDT, M., «Explaining Legal Change from...», cit. p. 445.

tipo tengan los agentes interesados, es decir, cuanto mayor sea la influencia de los actores que presentan el problema<sup>127</sup>.

- Después de la movilización exitosa, el problema entra en la segunda etapa en la que se genera la definición colectiva del problema mediante el debate público. Esto engloba las causas subyacentes, sus efectos potenciales, los objetivos que se persiguen y las soluciones potenciales. En esta etapa, la movilización toma la forma de una interpretación colectiva y una persuasión mutua que son necesarias para proporcionar una base aceptada de forma común para la acción. Cuanto más novedoso es un problema más grande es la incertidumbre y más controvertido es su debate resultante, normalmente, una serie de problemas colectivos compiten entre ellos debido a que la legislación tiene una capacidad limitada de solucionar problemas, como consecuencia de una limitación de recursos y de tiempo. Si se logra una visión preliminar sobre la definición adecuada del problema, de los objetivos y los instrumentos efectivos, finalmente el tema aparecerá en la agenda política<sup>128</sup>.

- La tercera etapa es la de toma de decisiones, el intercambio político y los procesos de negociación. Si el problema en cuestión se considera rutinario, la solución se basará en patrones conductuales preexistentes. El tema se puede dirigir hacia un procedimiento burocrático que siga rutinas o normas generales que hayan surgido mediante tratamientos previos de casos similares, de forma que los costes de decisión serán menores y el proceso será más rápido. Si la cuestión es novedosa y desafía de forma significativa las rutinas existentes o si la legislación necesaria para proceder es

---

<sup>127</sup> En esta fase de movilización inicial se pueden distinguir cuatro tipos de problemas en función a los parámetros del mismo: problemas de élite, que afectan a un número reducido de personas y son relativamente poco importantes; problemas de grupos de interés, que afectan a pocas personas pero son relativamente importantes; problemas estructurales, que afectan a muchas personas pero son relativamente poco importantes; y problemas de crisis, que afectan a muchas personas y son importantes.

<sup>128</sup> Cf. SLEMBECK, T., «The Formation of Economic Policy...», cit. pp. 230-237.

deficitaria, entonces se tienen que emplear mecanismos de decisión política<sup>129</sup>.

- En los enfoques tradicionales de la evolución del Derecho se finaliza con la promulgación de un estatuto o ley, en el enfoque cognitivo-evolutivo se tiene en cuenta una cuarta etapa de forma explícita, la implementación de las medidas. Los legisladores pueden delegar la autoridad para ejecutar y aplicar la legislación en agencias gubernamentales, ministerios, gobiernos locales, o en cualquier organismo oficial. Aunque las teorías tradicionales ignoran en esta etapa la asunción de que las medidas se implementan exactamente como pretendían los responsables de las decisiones políticas, en la práctica raramente se cumplen totalmente las intenciones del legislador. En cambio, los agentes encargados de su ejecución, es decir, los administradores, los burócratas y los reguladores persiguen su interés propio, e intentan influir en el proceso de implementación aprovechándose de información privada o de otros recursos durante este proceso de implementación. Tanto la administración pública como los tribunales tienen poder discrecional para modificar su contenido. Por tanto, pueden comenzar otra vez procesos nuevos de reinterpretación del problema subyacente y también del significado de la ley<sup>130</sup>.

---

<sup>129</sup> Ivi, pp. 238-240. En este caso se pueden seguir dos procedimientos, autoritarios en los que una autoridad central determina la solución que sólo pueden emplearse cuando las constituciones de los países democráticos lo permiten, y esto solo ocurre cuando el problema es insignificante para la mayoría de los actores y hay una intensidad baja de conflicto, o en situaciones de emergencia. En todas las demás situaciones se utilizan decisiones formales basadas en un proceso de decisión democrática que en la mayoría de los casos implica una votación, esta votación requiere dos fases, primero se tiene que preparar la decisión formal para la votación, y la mayoría del trabajo se realiza en comisiones y comités de forma que el público general, excepto algunos expertos, se encuentra excluido del proceso; y en segundo lugar, tiene lugar la votación por los parlamentarios o los ciudadanos, para finalmente promulgar las innovaciones jurídicas determinadas.

<sup>130</sup> Cf. SLEMBECK, T., «The Formation of Economic Policy...», cit. pp. 241-243.

La innovación estatutaria implica hipótesis sobre las relaciones causa efecto de los problemas percibidos de forma colectiva, que se basan en teorías subjetivas y en creencias de los actores interesados y que pueden ser potencialmente erróneas. Como consecuencia, tanto el problema subyacente puede permanecer sin solucionar como pueden originarse nuevos problemas debido a reacciones imprevisibles a la nueva ley.

La variación externa resultante que inicia los nuevos esfuerzos podrá conducir a innovaciones jurídicas adicionales, además, se produce un aprendizaje porque los efectos de la innovación jurídica se evalúan sobre los individuos, el colectivo y a nivel constitucional. Por lo que siempre existe un proceso continuo de evolución jurídica<sup>131</sup>.

#### 4.5. TEORÍAS SOCIOBIOLÓGICAS DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO

Varios investigadores, en un intento de solucionar las deficiencias de las aproximaciones económicas y políticas de la evolución del Derecho, propusieron de forma independiente varias teorías recogiendo el testigo. Estas aproximaciones a la evolución del Derecho se han denominado como teorías “sociobiológicas”, reflejando la deuda que todas ellas tienen en común con el movimiento sociobiológico<sup>132</sup>.

La sociobiología no es tanto una disciplina formal como una perspectiva intelectual, los efectos de la evolución no se restringen a las estructuras biológicas sino que la selección natural también modela muchos aspectos del comportamiento<sup>133</sup>.

Muchas de las explicaciones evolutivas que se proponen para ciertos comportamientos han sido muy controvertidas entre los científicos, aunque existe un amplio acuerdo entre los biólogos de que al menos algunos aspectos del comportamiento pueden tener un fundamento evolutivo.

---

<sup>131</sup> Ivi, p. 248.

<sup>132</sup> Cf. ELLIOT, E. D. *The Evolutionary Tradition...*, cit. p. 72.

<sup>133</sup> Cf. LUMSDEN, C. K. & WILSON, E. O., «The relation between biological and cultural evolution», en *Journal of Social and Biological Structures* 8 (1985), p. 343.

Quizás, la mejor forma de comprender la esencia de la sociobiología, es que se esté dispuesto a asumir que las fuerzas evolutivas explican un amplio espectro de prácticas individuales y culturales, basándose en evidencia fragmentaria y anecdótica que no se consideran convincentes para los científicos convencionales<sup>134</sup>.

Estas teorías de la evolución del Derecho aplican las conclusiones de la sociobiología al Derecho, se entiende esta evolución no como una mera metáfora de la dinámica interna del sistema jurídico, sino que sus miembros creen que la evolución es el proceso causal que justifica la existencia del Derecho, y en cierta medida, de la forma y el contenido del Derecho.

Las teorías sociobiológicas se distinguen no por afirmar que el Derecho evoluciona, sino que reivindican que el Derecho ha evolucionado, es decir, que el Derecho es en sí mismo un producto de la evolución<sup>135</sup>.

#### 4.5.1. La relación entre la selección natural y el Derecho

Aunque sólo sea de modo fragmentario, se puede intuir que por debajo de la superficie de algunas de las teorías de la evolución que hemos analizado anteriormente, puede subyacer algún tipo de aproximación sociobiológica. Por ejemplo, en la noción de Maine de una progresión evolutiva desde el gobierno de los reinos heroicos hasta el Derecho; o en la alusión de Corbin a los procesos jurídicos que permiten que las sociedades no se destruyan por los conflictos.

Sin embargo, los elementos esenciales de una teoría sociobiológica completa de la evolución del Derecho se establecen por primera vez en un artículo publicado hace casi un siglo por Albert G. Keller:

*“Codes of law are either a created, permanent, and invariable product; or they are evolutionary, relative, changing, and adaptive. There is no third possibility. If law is evolutionary, then its course will show, as that of organic nature shows, a series of*

---

<sup>134</sup> Cf. SEGERSTRALE, U., «Colleagues in conflict: An “in vivo” analysis of the sociobiology controversy», en *Biology and Philosophy* 1 (1986), p. 53.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 54.

*forms developing out of forms, in a connected series, with survival of the fitter, in adjustment to environment. Evolution is a law of all life, social as well as organic*<sup>136</sup>.

Este autor teorizó que un proceso darwiniano de selección evolutiva opera en general para modelar las costumbres culturales y en particular para el Derecho<sup>137</sup>.

Keller cita a Holmes para reafirmar y conservar su teoría de que el concepto evolutivo quiere decir que las instituciones humanas y entre ellas el Derecho muestra adaptaciones a las circunstancias reales mediante factores darwinianos de variación, selección y transmisión, llegando a describir las costumbres sociales como un producto evolutivo<sup>138</sup>.

Las mismas presiones evolutivas que moldean las costumbres culturales también actúan sobre el Derecho, este evoluciona cuando el poder del Estado respalda costumbres culturales particulares. Pero la evolución del Derecho explica el desarrollo del Derecho y también su nacimiento, no se mantiene la idea de que todas las leyes sean producto de las fuerzas evolutivas, solo aquellos elementos comunes a todos los códigos de Derecho sobre todo el espacio y tiempo terrenal.

Todos estos elementos han sobrevivido porque responden a una necesidad permanente para la propia autopreservación de la sociedad, en este sentido existe un Derecho Natural y otro que no lo es, los pocos ejemplos que se exponen son una referencia breve a la prohibición de matar, que ve como la esencia misma de la necesidad de la sociedad si quiere mantener una cohesión y un orden interno; y el robo, que establece el derecho a la propiedad y excluye agresiones, venganzas y la consecuente desorganización y caos. Ninguna sociedad puede perdurar en competición sin esas inhibiciones, y para eso existe el Derecho, que contiene en él mismo un valor externo de supervivencia<sup>139</sup>.

Sin embargo, la teoría de Keller tiene una serie de deficiencias, en sus propios términos la teoría carece de poder para explicar ninguna de las

---

<sup>136</sup> KELLER, A. G., «Law in Evolution», en *The Yale Law Journal* 28 (1919), p. 772.

<sup>137</sup> Cf. ELLIOT, E. D. *The Evolutionary Tradition...*, cit. p. 73.

<sup>138</sup> Cf. KELLER, A. G., «Law in Evolution»..., cit. p. 769.

<sup>139</sup> *Ibidem*, pp. 773-782.

características básicas del Derecho y, solo expone dos ejemplos de normas jurídicas que presumiblemente son necesarias para la autopreservación de la sociedad como son las leyes penales en relación el asesinato y el robo.

Estas normas constituyen solo una pequeña parte de las materias que abarca el Derecho, incluso en las áreas restringidas que aborda su teoría, se es ambiguo sobre por qué la evolución obligaría a determinadas soluciones jurídicas<sup>140</sup>.

Una limitación adicional es que esta teoría es enteramente especulativa, no cita ninguna evidencia, de que todas las sociedades (como asume que dicta la evolución) hayan abordado el asesinato y el robo. Ni muestra como incluso esas pocas normas, que presumiblemente son características universales de los códigos legales, sean producto de la selección natural a nivel de grupo, una teoría que implicaría que las sociedades se extinguieran si carecieran de normas particulares.

La destacable afirmación de que todas las características del Derecho son similares en todas las sociedades en todos los tiempos, no sólo es innecesaria sino también es dudosa. Las variaciones en el Derecho no son inconsistentes con la evolución, las diferencias en el Derecho entre sociedades se pueden explicar tanto por diferencias en las condiciones ambientales, como por el hecho de que para un determinado problema de supervivencia estén disponibles una gran variedad de soluciones satisfactorias.

De hecho, la evolución requiere que cualquier sociedad como comunidad para poder sobrevivir tiene que desarrollar una respuesta colectiva a la crisis que representa que un miembro de la comunidad mate a otro. Sin embargo, no existe razón para suponer que un solo código jurídico en particular logrará lo suficientemente bien este objetivo como para permitir que la sociedad sobreviva<sup>141</sup>.

---

<sup>140</sup> Por ejemplo, la idea de que la sociedad debe imponer una norma contra el robo para minimizar conflictos, puede explicar por qué se necesita alguna definición de los derechos de propiedad de las cosas, pero no explica por qué surgió la propiedad privada en vez de la comunal.

<sup>141</sup> Cf. ELLIOT, E. D. *The Evolutionary Tradition...*, cit. p. 74-76.



Aunque la teoría de Keller sobre la evolución del Derecho anticipó muchos de los temas de la sociobiología, que medio siglo más tarde crearían una tremenda controversia intelectual, sorprendentemente atrajo poca atención. Esta relativa oscuridad de la teoría de Keller se puede explicar en parte por sus limitaciones inherentes y su fracaso para proporcionar apoyo empírico.

Pero, sin embargo, un factor igualmente importante pudo ser la controversia que rodeó el darwinismo social que se desarrolló en los años siguientes. Aunque Keller denunciaba que su teoría de la evolución del Derecho se basaba en la versión de Darwin y no en las de Spencer; hay que destacar que en la primera mitad del siglo XX las teorías de la evolución social se encontraban tan firmemente asociadas con las ideas imperialistas y racistas de Spencer, que cualquier teoría evolutiva del fenómeno social se consideraba revolucionaria. Los modelos evolutivos, con la excepción de la biología, se encontraron por más de cincuenta años en un estado de destierro intelectual<sup>142</sup>.

#### 4.5.2. Las teorías sociobiológicas modernas

El interés en los modelos evolutivos del Derecho renació medio siglo después como un subproducto del movimiento del Derecho y economía basado en la tradición de los modelos evolutivos en la economía. El primer autor moderno que propuso propiamente una teoría explícitamente sociobiológica del Derecho fue Jack Hirshleifer, que inicialmente contribuyó al movimiento del Derecho y economía pero estaba poco satisfecho con la limitación de los modelos microeconómicos clásicos para describir el comportamiento humano:

*“Economics has not done a good job on ‘tastes’. (...) If we spoke of human drives or aims, of ingrained ethics, or of value systems or goals for living, we would be inclined to treat the subject with more respect. One hardly need emphasize that what we want is often of greater significance for personal and social life than how precisely we*

---

<sup>142</sup> Cf. LIEBERMAN, L. & REYNOLDS, L., «Race and Racism in the Academy and of the Streets», en *Michigan Sociological Review* 5 (1991), pp. 21-23.

*manage to balance marginal cost against marginal benefit in achieving our desires*"<sup>143</sup>.

Precisamente la sociobiología atrajo a Hirshleifer porque parecía trascender el tratamiento arbitrario y regresar a las ideas del maestro Adam Smith, que no consideraba que los instintos fundamentales del hombre fueran arbitrarios e inexplicables, sino respuestas adaptativas en última instancia modeladas por la naturaleza biológica del hombre y su situación en la Tierra<sup>144</sup>.

Los primeros trabajos sobre la sociobiología se centraron en la relación entre la evolución y la teoría económica, pero rápidamente extendió su análisis para proponer una explicación sociobiológica del desarrollo del Derecho. Para Hirshleifer, el Derecho emerge dentro de un grupo social, cuando lo que podríamos llamar "agresión moralista" de terceros sirve para controlar conflictos internos.

Esto ya se aprecia cuando los padres regulan en su descendencia el comportamiento de rivalidad tan extendido en el reino animal, así, se dice que existe un gobierno cuando en agrupaciones más grandes que la familia hay tareas de control las cuales las desempeñan especialistas en esa función.

En el ámbito biológico algunas especies tienen individuos o grupos dominantes que se aproximan a un gobierno primitivo dentro de la manada o el grupo, esta inmunidad que se crea frente a una invasión prefigura la institución humana de la propiedad. Las instituciones político-económicas proporcionan dos clases de ventajas:

- En un primer nivel, el Derecho y el gobierno impiden o limitan los enfrentamientos internos y las pérdidas de fuerza consecuentes que serían disfuncionales para el grupo en su conjunto. Los individuos no necesitan desviar esfuerzos en una continua vigilancia y supervisión, esta es una clase de cooperación mínima o negativa.

---

<sup>143</sup> HIRSHLEIFER, J., «Privacy: Its Origin, Function, and Future», en *The Journal of Legal Studies* 9 (1980), p. 651.

<sup>144</sup> Cf. HIRSHLEIFER, J., «Natural economy versus political economy», en *Journal of Social and Biological Structures* 1 (1978), p. 321.

- En un segundo nivel, llega a ser posible una cooperación positiva en la forma de intercambio de derechos a recursos y en última instancia los acuerdos más sofisticados en reciprocidades aplazadas que constituyen la esencia del contrato<sup>145</sup>.

En la teoría de Hirshleifer se observan algunos paralelismos con los trabajos de algunos teóricos sociales del Derecho como Maine, como el considerar el desarrollo del Derecho como una extensión de los patrones de comportamiento aprendidos en la familia. Ambas teorías representan al derecho contractual como el fundamento de una sociedad avanzada.

La visión de Hirshleifer de la evolución del Derecho también es reminiscente de la afirmación de Keller de que para reducir el conflicto interno, el Derecho concede a ciertos grupos una ventaja en la lucha evolutiva por la supervivencia, sin embargo, la teoría de Hirshleifer es más potente que la de su predecesor.

Keller solo sugería que un grupo tenía más posibilidades de sobrevivir si era capaz de mantener una definición compartida del comportamiento apropiado en áreas propensas a los conflictos, pero carecía de base lógica para sostener que una definición de los derechos en particular contribuyera más que otra a la supervivencia del grupo.

Hirshleifer avanza un paso más y sugiere que ciertas normas tienen más probabilidades que otras de promover la supervivencia del grupo, combinando la economía y la sociobiología, mantiene que el sistema jurídico que facilite los intercambios beneficiosos mutuos al tiempo que mantiene la paz, proporciona una ventaja adicional de supervivencia sobre otro sistema que solamente suprima los conflictos.

Aunque la tesis de Hirshleifer es discutible, porque su afirmación solo se apoya en la intuición de que un sistema jurídico que facilite el intercambio de recursos aumenta la supervivencia del grupo, la esencia empírica de su trabajo la distingue de las teorías anteriores sobre la evolución del Derecho.

Su teoría se sustenta con numerosas referencias a situaciones similares en el reino animal, sin embargo, como la mayoría de los sociobiólogos, sus teorías son

---

<sup>145</sup> Ivi, p. 322.

más sugestivas que definitivas. De todas formas, su trabajo es innovador como la primera teoría de la evolución del Derecho que propone una continuidad esencial entre el Derecho y las formas de organización social entre animales.

De hecho, probablemente va demasiado lejos al extrapolar los comportamientos animales a las instituciones humanas. La teoría de Hirshleifer, a diferencia de Keller, no deja espacio de forma explícita para la motivación consciente, la inteligencia y la planificación de los seres humanos<sup>146</sup>.

No se restringe el alcance de su aproximación sociobiológica a la evolución del Derecho para explicar la génesis del sistema jurídico como tal, o a unos cuantos conceptos importantes como los contratos o la propiedad. También intenta extender la lógica de la evolución del Derecho para explicar la textura más fina de las doctrinas jurídicas en ciertos campos del Derecho<sup>147</sup>.

Hirshleifer esboza tres éticas sociales, que denomina la Regla de Oro del intercambio comunitario, la Regla de Plata de los derechos privados, y la Regla de Hierro de la dominación. Estas estructuras y éticas han evolucionado cada una en su contexto ecológico particular porque los individuos que se organizan de esta forma obtienen ventajas de supervivencia sobre otros que expresan características de comportamiento diferentes<sup>148</sup>.

---

<sup>146</sup> Cf. ELLIOT, E. D. *The Evolutionary Tradition...*, cit. p. 77-78.

<sup>147</sup> Cf. HIRSHLEIFER, J., «Privacy: Its Origin, Function, and Future...», cit. pp. 650-652. Por ejemplo, propone una explicación sociobiológica de la ley de privacidad, así, comienza su análisis atacando las teorías económicas previas de la ley de privacidad como basadas en una aproximación más o menos explicable por el aislamiento. Hirshleifer sostiene que las leyes no son arbitrarias en absoluto sino que se basan en lo que la selección natural encontró que funcionaba en el pasado como un motivador exitoso. En vez de argumentar de forma directa que la evolución favorece la supervivencia de los grupos que reconocen los derechos de privacidad, toma un giro más sutil afirmando que la ley de privacidad es un resultado de una clase particular de estructura social junto con su ética social de apoyo. La ley de privacidad se desarrolla no porque en ella misma aumente la oportunidad de supervivencia de un grupo, sino porque es integral a una ética social que aumenta la supervivencia. Los cuerpos jurídicos se modelan por las fuerzas evolutivas, pero de forma indirecta.

<sup>148</sup> Cf. HIRSHLEIFER, J., «Privacy: Its Origin, Function, and Future...», cit. pp. 653-655.

No está claro cuál es el significado que Hirshleifer atribuye a sus tres Reglas, o en qué grado reconoce que formas de organización social se pueden desviar de sus categorías. En un momento dado, concede que sus tres tipos están demasiado simplificados, puesto que probablemente ninguno de ellos se va a observar como formas puras, de hecho los antropólogos han enfatizado que en las sociedades humanas primitivas los patrones de redistribución son casi tan universales como las limitaciones de los derechos de propiedad<sup>149</sup>.

La sociobiología está todavía muy lejos de dar cuenta de forma exhaustiva de las motivaciones humanas necesarias para la clase de teoría positiva de la evolución social que busca Hirshleifer, la tradición del Derecho y la economía en la investigación jurídica ha modelado típicamente el comportamiento humano como egoísta.

Sin embargo, la biología evolutiva señala que los seres humanos no están motivados solo por el deseo de maximizar su bienestar personal, en algunas circunstancias la evolución selecciona el altruismo, el autosacrificio en beneficio del grupo del que se es miembro.

Por tanto, la visión que surge de la biología evolutiva de la motivación individual y social se diferencia en aspectos importantes de la que asumía el movimiento de Derecho y economía en la investigación jurídica. El Derecho no se puede comprender sin incorporar motivaciones no económicas tales como el altruismo, la redistribución y el paternalismo<sup>150</sup>.

#### **4.5.3. La influencia de la evolución biológica en las normas jurídicas**

Las teorías de Hirshleifer estimularon a Richard Epstein para proponer su propia teoría de la evolución del Derecho, su artículo sobre la privacidad comienza con un comentario sobre la teoría evolutiva de la ley de privacidad de Hirshleifer que se convierte en una exploración plena especulativa sobre en qué medida una teoría evolutiva del comportamiento puede explicar no solo la privacidad sino cualquier aspecto jurídico importante.

---

<sup>149</sup> Ivi, pp. 656-661.

<sup>150</sup> Cf. ELLIOT, E. D. *The Evolutionary Tradition...*, cit. p. 79-80.

El eje de la teoría de Epstein es que los seres humanos que siguen ciertas normas de conducta tienen más probabilidades de sobrevivir y reproducirse que los que no las siguen. La selección natural opera con el tiempo de tal forma que la mayoría de los seres humanos comparten normas como respuestas a situaciones recurrentes<sup>151</sup>.

Epstein es de los primeros en contar una historia creíble sobre cómo la evolución biológica puede producir actitudes innatas que expliquen ciertas características del Derecho, sin embargo, las implicaciones negativas de su teoría son tan importantes como las positivas.

Aunque se reconoce que algunos principios básicos del Derecho pueden basarse en actitudes que se incorporan en los seres humanos por la evolución, se niega que la evolución tenga ningún efecto material sobre la mayor parte del Derecho. Su argumento es intuitivo ya que parece poco plausible que la evolución haya tenido que ver con la mayor parte del Derecho que abarca aspectos demasiado alejados de la supervivencia y la reproducción:

*"I do not question the soundness of these (...) basic assumptions, but instead use them to explore, in somewhat speculative fashion a question that lies on the borderland between biology and law. To what extent can an evolutionary theory of behavior account for the emergence of a generalized human willingness to regard certain interests, in particular individual privacy, as legitimate?"<sup>152</sup>.*

---

<sup>151</sup> Ivi, p. 82. Por ejemplo, es difícil de imaginar que en algún momento hubiera una distribución al azar de actitudes frente al asesinato, y que desaparecieran aquellos grupos que legitimaron la práctica mientras que los grupos que la prohibieron sobrevivieran. Es más probable que los seres humanos que experimentaron aversión al asesinato, y evitaron situaciones en las que se pudiera producir, tuvieran más probabilidades de sobrevivir que sus compañeros. Sin embargo, en última instancia, la distinción entre selección individual y de grupo puede que no tenga demasiada importancia, ya que los dos procesos no son mutuamente excluyentes sino que pueden de forma simultánea modelar las actitudes sociales que se reflejan en el Derecho.

<sup>152</sup> EPSTEIN, R., «A Taste for Privacy?: Evolution and the Emergence of a Naturalistic Ethic», en *J. Legal Stud.* 9 (1980), p. 666.

Ningún teórico evolutivo ha abogado todavía porque todo, o la mayor parte del Derecho esté moldeado por la evolución, de todas formas, en la medida en la que se piensa que no se ha demostrado que la evolución pueda afectar al Derecho, excepto a los escasos casos que identificó, parece que pasa por alto algunos factores.

La afirmación de Epstein sobre la evolución del Derecho describe a los seres humanos compitiendo en una suerte de “tabula rasa” imaginaria, como esta descripción del medio ambiente es muy pobre, no debe sorprendernos que solo sea capaz de identificar unos pocos patrones de comportamiento básicos que aumenten universalmente la supervivencia. Sin embargo, si se plantean unas condiciones medioambientales más detalladas sería posible extender la teoría evolutiva del Derecho de Epstein a áreas adicionales del Derecho<sup>153</sup>.

La afirmación de que las fuerzas evolutivas solo operan en áreas próximas al punto sensible de la supervivencia y la propagación, ignora el hecho de que la evolución puede construir criterios adaptativos en el sistema de valores de una sociedad que representen los resultados de una pasada selección evolutiva.

En el Derecho la evolución puede operar en términos de normas intermedias, que representan los resultados de adaptaciones pasadas, y también a través de la extinción completa de individuos o grupos. Por tanto, no parece cierto, como sugiere Epstein, que las fuerzas evolutivas solo afecten al Derecho en unas pocas áreas que afectan a la procreación y la supervivencia<sup>154</sup>.

De hecho, la tesis de Hirshleifer de que la ley de privacidad puede ser un resultado de la “Regla de Plata” de los derechos privados es un intento de ilustrar como el Derecho puede ser moldeado por estructuras intermedias, que él llamó “éticas” y que son ellas mismas el resultado de una selección evolutiva pasada<sup>155</sup>.

---

<sup>153</sup> Cf. ELLIOT, E. D. *The Evolutionary Tradition...*, cit. p. 82-83.

<sup>154</sup> Por ejemplo, la selección natural puede haber eliminado hace tiempo aquellas sociedades que no desarrollaron un sistema legal que reconociera la importancia de minimizar los conflictos internos. Una vez que, mediante la evolución, se construye en el sistema legal la norma fundamental que minimiza las luchas internas, es posible derivar de ella principios jurídicos subsidiarios.

<sup>155</sup> Cf. ELLIOT, E. D. *The Evolutionary Tradition...*, cit. p. 84-85.

#### 4.5.4. Justificación biológica de los derechos de propiedad

William H. Rodgers Jr., propuso en 1982 una teoría sociobiológica más reciente sobre la evolución del Derecho. Este investigador, al igual que su predecesor Hirshleifer, recurrió a la sociobiología debido a su creencia de que la investigación jurídica contemporánea se desarrollaba sobre conceptos falsos de las motivaciones humanas:

*“Contemporary legal theory, at times, seems to have degenerated into a contest of false modeling. The still popular economic analysis, on the one hand, assumes a person who is a rational maximizer of selfinterest bearing scant resemblance to the thinkers and actors known to social investigators. A principal competitor to economic analysis in the law schools is the contract justice theory(...) [that] posits a state of nature, and a calculated social compact stemming from it, that is utterly at odds with what paleoanthropology knows of the evolution of the human species”<sup>156</sup>.*

Rodgers, en vez de construir su teoría sobre el Derecho basándose en esas caricaturas erróneas sobre la naturaleza humana, propone usar las lecciones de sociobiología para traer de nuevo a los investigadores al análisis del Derecho e inspirarse en las preferencias de comportamiento de los seres humanos tal y como revelan las leyes de la biología.

Se cita a Wilson como la fuente de su asunción de que las leyes biológicas controlan el comportamiento social, pero no menciona que entre los científicos la sociobiología es muy controvertida. Rodgers propone comprobar su tesis de que el Derecho se moldea por una serie de características que la evolución construye en los seres humanos, mediante su aplicación para explicar los derechos de propiedad de los recursos naturales. Para ello, desarrolla su propia teoría completa de la propiedad, la cual relaciona con preceptos derivados de la sociobiología<sup>157</sup>.

---

<sup>156</sup> RODGERS, W. H. JR., «Bringing People Back: Toward A Comprehensive Theory of Taking In Natural Resources Law», en *Ecology Law Quarterly* 10 (1982), p. 205.

<sup>157</sup> Cf. WILSON, E. O., «Man: From Sociobiology to Sociology», en *Sociobiology The New Synthesis*, WILSON, E. O., (Ed.), Cambridge 1975, p. 4; SEGERSTRALE, U., «Colleagues in conflict...», cit. p. 53.



Para este autor, los titulares de los derechos de propiedad pueden poseer tres tipos de propiedades: un propiedad humana fundamental que solo puede tomarse según los términos del titular; la propiedad privada o derechos que solo pueden tomarse solo con compensación; y un interés en la propiedad social o provisional en recursos comunes, que se pueden redefinir en detrimento del titular sin compensación<sup>158</sup>.

Rodgers, desarrolla estas categorías en analogía con las necesidades de espacio y territorio de los animales, afirmando que los biólogos han identificado en los humanos necesidades similares. En este análisis, el tipo de propiedad al que históricamente se le ha otorgado mayor protección legal es la propiedad que tiene justificación biológica, lo que incluye el mantenimiento de una base alimenticia, provisión de seguridad e identidad, y protección de la privacidad a través de una microespacio y un mesoespacio.

Propone comprobar su teoría enfrentándola a la experiencia jurídica en el campo de los recursos naturales, que es una cuestión a la que se enfrentan todas las sociedades en todos los tiempos. Rodgers desarrolla su teoría revisando la teoría de la propiedad y asignando una importancia especial a varios temas prominentes: explicaciones funcionales biológicas y sociales, el concepto de derechos de recursos naturales en común, y el componente del proceso de definición de los derechos de propiedad.

Lo que pretende demostrar es que es posible dar una explicación de ciertas áreas de la ley de propiedad en términos de los preceptos de la sociobiología, y que la explicación sociobiológica se ajusta razonablemente bien a los principios jurídicos que se observan en la realidad<sup>159</sup>.

Sin embargo, Rodgers mantiene que es en el punto de la teoría de la confirmación donde la ciencia social se encuentra más empobrecida, y que su teoría al ser una teoría descriptiva es más científica que la mayoría de los análisis de revisión jurídica. La conclusión del razonamiento es que los jueces deciden los

---

<sup>158</sup> Cf. RODGERS, W. H. JR., «Bringing People Back: Toward A Comprehensive...», cit. pp. 206-211.

<sup>159</sup> Ibidem, p. 206.

casos de los derechos de propiedad como si creyeran en los principios de la sociobiología.

La dificultad para identificar un mecanismo que motive a los jueces a decidir los casos de acuerdo con los principios de la sociobiología se agrava con su reticencia a sostener que los imperativos evolutivos son los únicos factores que inciden en el Derecho. De hecho, avisa de que aunque la teoría biológica ofrece explicaciones parciales e importantes, no ofrece una explicación global de las consecuencias jurídicas, e insiste en que su teoría no es nominalista ni tautológica sino descriptiva, y en este sentido puede ser falsificable.

No obstante, si lo que Rodgers quiere decir por explicaciones parciales es que los impulsos que construye la evolución en la naturaleza humana son solo uno entre muchos factores que se combinan para producir los efectos jurídicos, entonces es bastante dudoso que los aspectos evolutivos de su teoría puedan ser en realidad falsificados, puesto que cualquier desviación de las predicciones de su teoría siempre se podrían atribuir a otros factores inespecíficos externos a su teoría<sup>160</sup>.

En última instancia, el valor de una teoría sociobiológica del Derecho como la de Rodgers no es descriptivo, sino normativo. Su noción de que existe un óptimo biológico en la estructura de los derechos de propiedad privada se podría usar no solo para describir como los tribunales deciden en lasos de expropiación sino para indicarles cómo se deberían decidir esos casos. Se admite que se aspira a utilizar la sociobiología como fundamento de una teoría prescriptiva del Derecho que se base en derechos positivos como contrapeso de los análisis económicos<sup>161</sup>.

#### 4.6. TEORÍAS EVOLUTIVAS DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO

Las teorías evolutivas siempre se han considerado tanto en Europa como en los Estados Unidos muy cercanas a las teorías del Derecho, esto es debido a que muchas teorías sobre la evolución del Derecho se basaban, o al menos, tomaban ciertos postulados de las teorías evolutivas.

---

<sup>160</sup> Cf. ELLIOT, E. D. *The Evolutionary Tradition...*, cit. p. 86-88.

<sup>161</sup> Cf. RODGERS, W. H. JR., «Building Theories of Judicial Review in Natural Resources Law», en *University of Colorado Law Review* 53 (1981), p. 214.

Es importante analizar con mayor profundidad las características de estas teorías evolutivas y ver si es posible invitarlas a formar parte de la familia del pensamiento jurídico, en la historia de las teorías evolutivas sólo unas pocas ideas han sido tan potentes y cautivadoras que hayan desbordado las fronteras de la disciplina de la que proceden y hayan tenido efecto sobre todo lo demás<sup>162</sup>.

Sin duda, la Teoría de la Evolución es una de ellas, la cual está asociada al biólogo inglés Charles Darwin, en particular con su trabajo “Sobre el Origen de las Especies” publicado el 24 de noviembre de 1859. Darwin fue un naturalista que creyó que el mundo no es permanente o creado recientemente, sino que es muy antiguo y se encuentra en cambio continuo, de manera que los organismos se transforman con el tiempo.

Todos los organismos descienden de un ancestro común, los humanos son animales sumamente evolucionados. El modelo de Darwin es relevante porque afectó al resto ya que parecía que era capaz de contestar cualquier pregunta, la evolución mediante la selección natural se convirtió en un modelo convincente para explicar casi cualquier fenómeno<sup>163</sup>.

Una consecuencia importante de este modelo es que se debilita la confianza en la presunción de normas morales y objetivas comunes a la humanidad en su conjunto. Las consecuencias del darwinismo tuvieron ramificaciones profundas en las construcciones de teorías sociales y políticas que apoyan una visión naturalística del mundo.

Como la evolución darwiniana podría ocupar el lugar de las religiones tradicionales, es posible sugerir que el conflicto real que tiene lugar en las sociedades democráticas liberales no es tanto entre religión y ciencia, sino entre dos visiones del mundo diametralmente opuestas: naturalismo y teísmo.

El naturalismo se levanta teóricamente en oposición a cualquier creencia en lo sobrenatural e insiste en que el mundo de la naturaleza debería formar una esfera única sin incursiones externas, y considera que todo lo que existe o tiene

---

<sup>162</sup> Cf. ZAMBONI, M., «From “Evolutionary Theory and Law” to a “Legal Evolutionary Theory”», en *German Law Journal* 9 (2008), p. 516.

<sup>163</sup> Cf. HOVENKAMP, H. J., «Evolutionary Models in Jurisprudence», en *Texas Law Review* 64 (1985), p. 645.

lugar está condicionado en su existencia u ocurrencia por factores causales dentro de un único sistema integral de la naturaleza<sup>164</sup>.

La teoría de la evolución del Derecho es una denominación general que se adscribe a todo pensamiento jurídico encaminado a descubrir y explicar los patrones generales de continuidad y cambio en el Derecho, en este sentido se han analizado anteriormente las diferentes teorías de la evolución del Derecho (sociales, doctrinales, económicas, etc).

Entre las diferentes teorías de la evolución del Derecho se pueden encontrar aproximaciones que se definen como “teorías evolutivas del Derecho” y que se caracterizan por su interés en las cuestiones de cambio y estabilidad en el Derecho a través de los siglos y entre varios sistemas jurídicos.

Estas teorías evolutivas se distinguen por evaluar estos aspectos de los fenómenos jurídicos desde el punto de vista típico de teorías externas al Derecho y a su sistema, se puede decir que una teoría de la evolución del Derecho es evolutiva si descansa sobre el modelo de selección natural creado por Darwin<sup>165</sup>.

Por supuesto hay que ser cuidadoso, ya que el Derecho no es biología o geología, y por tanto, no se le debe aplicar necesariamente las mismas consideraciones. Un aspecto importante a tener en cuenta es que las “teorías evolutivas” del derecho son una aproximación, en el sentido de que explican los cambios del Derecho en los sistemas jurídicos, pero no son necesariamente una forma “evolucionista” de investigar el fenómeno jurídico<sup>166</sup>.

Las “teorías evolutivas” del Derecho centran su atención exclusivamente en la explicación de los mecanismos que subyacen en los cambios y las continuidades de un cierto sistema jurídico (o parte de él), pero esta aproximación no explica de forma explícita los puntos de llegada a los que estaría obligado a dirigirse ese sistema o parte de él.

---

<sup>164</sup> Cf. ZIMMERMAN, A., «Evolutionary legal theories-the impact of Darwinism on western conceptions of law», en *Journal of Creation* 24 (2010), p. 108.

<sup>165</sup> Cf. HOVENKAMP, H. J., «Evolutionary Models in Jurisprudence»..., cit. p. 647.

<sup>166</sup> Cf. SINCLAIR, M-B. W., «The Use of Evolution Theory in Law», en *University of Detroit Law Review* 64 (1987), p. 451.

Desde la perspectiva jurídica las teorías evolutivas no se aplican ni a una ley concreta, ni a una decisión judicial determinada, ni de forma más generalizada a una única norma jurídica, sino que en general lo que se encuentra bajo el foco de la aproximación evolutiva son los “conceptos jurídicos”.

El proceso legislativo no se puede identificar con un proceso concreto que da lugar a una única decisión jurídica, es más una cuestión de varios procesos, normalmente asimétricos desde el punto de vista cronológico, que dan lugar a la producción de un concepto jurídico, normalmente por medio de varias leyes y/o decisiones legislativas judiciales.

Este concepto se puede definir como un grupo de normas y regulaciones normativas que tienen como objeto, mediante su coordinación y combinación construir una interacción que responda a los criterios requeridos por la racionalidad del Derecho<sup>167</sup>.

Esto es porque la idea misma de la evolución del Derecho se tomó en su mayoría prestada de la biología, la teoría del Derecho encontró en la biología evolutiva un paradigma atractivo para explicar por qué y cómo cambia el Derecho. El trabajo de Darwin dejó una marca muy importante en las páginas de la ciencia y el Derecho, tanto que se recuerda muy poco de lo que le precedió en la forma de explicar el por qué, el cómo y el hacia dónde evoluciona un sistema.

Paralelamente, la tradición del Derecho natural de la teoría inglesa del Derecho en el Siglo XVIII utilizaba la naturaleza racional y social del hombre en todo lugar como fundamento sobre el que basar sus obligaciones tanto morales como jurídicas. Los teóricos ingleses del Derecho natural se encontraban buscando probar la existencia de ciertos principios generales que obligaban a todos los hombres por su naturaleza y que eran permanentes<sup>168</sup>.

Durante este periodo precisamente sólo algunos teóricos del Derecho como Adam Smith y otros historiadores del Derecho como Hugo y Savigny prestaron suficiente atención a la cuestión de la evolución del Derecho como un reflejo de

---

<sup>167</sup> Cf. ZAMBONI, M., «From “Evolutionary Theory and...», cit. pp. 521-523.

<sup>168</sup> Cf. RUHL, J. B., «The Fitness of Law: Using Complexity Theory...», cit. p. 1412.

los cambios en la sociedad, aunque sus teorías postulaban solo una forma de evolución determinista<sup>169</sup>.

Hasta el siglo XIX, la idea que dominó el Derecho europeo y estadounidense fue la de un Derecho moral superior. Esta tradición fue dominante como escuela principal de pensamiento jurídico hasta el surgimiento del pensamiento evolutivo, en particular, la idea de que la ley humana debía estar sujeta a algunos principios morales objetivos comenzó a verse firmemente cuestionada con la irrupción de la teoría de Darwin.

Como ya se señaló anteriormente, el principal trabajo de Maine se publicó durante el tiempo en el que la excitación intelectual más importante era la reciente publicación de Darwin, en cualquier caso, dicho trabajo reflejó el interés contemporáneo en la idea de la evolución.

Se propuso algo parecido a una teoría evolutiva completa del Derecho, con un patrón de desarrollo que puede aplicarse a todos los sistemas jurídicos, esta teoría de Maine es relevante porque desde el punto de vista histórico ayuda a sentar las bases y cambiar el sentimiento general hacia el Derecho<sup>170</sup>.

#### **4.6.1. La transición del Derecho natural al Derecho positivo desde una perspectiva evolutiva**

El Siglo XIX marcó lo que podría denominarse como un periodo de hibernación de las teorías del Derecho natural, marcado por el progreso de las ciencias naturales empíricas. Esta realidad afectó especialmente a Estados Unidos, una nación que se había fundado firmemente sobre los principios del Derecho natural.

Durante la segunda mitad del Siglo XIX los juristas comenzaron gradualmente a abandonar la idea del Derecho natural, que tanto había guiado e inspirado inicialmente a los Padres Fundadores. Aun así, la jurisprudencia americana todavía se encontraba dominada por la creencia en los derechos inalienables de origen divino, se podía percibir como alcanzable una solución

---

<sup>169</sup> Ivi, pp. 1420-1421.

<sup>170</sup> Cf. ZIMMERMAN, A., «Evolutionary legal theories-the impact...», cit. p. 110

correcta para las disputas legales en cada caso mediante la aplicación de los principios naturales evidentes del Derecho.

Pero a partir de las publicaciones de Darwin muchos juristas americanos comenzaron a modificar su aproximación para inferir que todo el sufrimiento y miseria en el mundo actuaba como evidencia contra la idea de derechos inalienables, y sustituyeron su lugar por la selección natural y el conocimiento correlacionado de la supervivencia del más apto, abandonando gradualmente la teoría del Derecho natural.

Precisamente uno de los primeros juristas americanos en adoptar estas tesis evolucionistas fue Oliver Wendell Holmes, el cual creía que la evolución darwiniana era correcta y, por tanto, no existía un orden moral trascendente y el Derecho era una mera codificación de decisiones políticas que se juzgaban desde el punto de vista social o económico<sup>171</sup>.

A pesar de las múltiples variantes de las teorías evolutivas, el núcleo de las mismas posee típicamente tres componentes básicos:

- La teoría de la variación, que describe el mecanismo por el cual se generan nuevos organismos potenciales.
- La teoría de la selección, que describe como a partir de la variación generada, se seleccionan los seres exitosos y se rechazan los fracasados.
- La teoría de la transmisión o retención, que describe como las características de las entidades seleccionadas con éxito se retienen por el sistema y se transmiten a las generaciones siguientes<sup>172</sup>.

Si la selección natural es de hecho el factor principal que dirige el desarrollo de la evolución de los organismos, la cuestión es por tanto si la evolución del Derecho puede también contemplarse como si fuera orientada por este proceso evolutivo.

A primera vista esta opinión puede parecer equivocada ya que el Derecho normalmente se contempla bien como otorgado por alguna autoridad (el legislador o un tribunal) o bien como derivado de alguna naturaleza trascendental.

---

<sup>171</sup> Ivi, p. 111.

<sup>172</sup> Cf. SINCLAIR, M-B. W., «The Use of Evolution Theory...», cit. p. 454.

Sin embargo, este pensamiento es erróneo, lo que ofrece la perspectiva evolutiva es una causa externa de cómo evoluciona el Derecho, no informa sobre el contenido del mismo, explica porque el Derecho evoluciona de la forma en que lo hace<sup>173</sup>.

Tomando de base los tres componentes anteriormente descritos:

- La teoría de la variación en el Derecho implica la existencia de diversas normas jurídicas para resolver problemas idénticos<sup>174</sup>.

- La teoría de la selección implica que estas normas varíen en función de su adecuación, de acuerdo con la perspectiva evolutiva algunas de estas normas se eliminan y otras perviven sujetas a cambios que se produzcan en un futuro<sup>175</sup>.

- La teoría de la transmisión o retención es algo problemática en el contexto del Derecho, pues las normas en sentido literal no procrean ni poseen descendientes que asuman o hereden sus características. Sin embargo, si puede utilizarse esta analogía en lo referente a los agentes o actores jurídicos, la práctica jurídica, las consideraciones de seguridad y equidad si se transfieren de una generación a otra. Las normas cambian gradualmente bajo la influencia de un cambio en la sociedad, por lo que la evolución del Derecho sería dependiente tanto de la naturaleza como de sus influencias<sup>176</sup>.

El efecto principal que parece haber provocado la teoría evolutiva sobre la filosofía del Derecho es el desafío que planteó a las creencias tradicionales de las

---

<sup>173</sup> Cf. SMITS, J. M., «Applied Evolutionary Theory: Explaining Legal Change in Transnational and European Private Law», en *German Law Journal* 9 (2008), p. 480.

<sup>174</sup> Cf. DU LAING, B., «Dual Inheritance Theory, Contract Law, and Institutional Change – Towards the Co-Evolution of Behavior and Institutions», en *German Law* 9 (2008), p. 495.

<sup>175</sup> Por ejemplo, la norma sobre la *laesio enormis* de los contratos del Derecho romano se extinguieron durante la Edad Media porque no encajaban en el medio económico, también los juicios a los animales se abolieron debido a las nuevas percepciones de la sociedad o las prerrogativas sobre el voto únicamente masculino tuvo que ser reemplazado con los cambios sociales y políticos.

<sup>176</sup> Cf. SMITS, J. M., «Applied Evolutionary Theory: Explaining Legal...», cit. pp. 481-482.



sociedades occidentales en relación con la superioridad de lo fijo y lo definitivo. El cambio es la esencia de lo bueno, y esto de acuerdo con la interpretación jurídica no puede ser la búsqueda de principios objetivos o absolutos, sino la búsqueda del proceso que genere la clase de cambio adecuada.

#### 4.6.2. Teorías bio-jurídicas y meméticas

El resurgimiento en las últimas décadas del siglo pasado de la aplicación de los análisis evolutivos a los objetos culturales, ha revitalizado su utilización en el Derecho. Mientras que algunos autores han continuado al nivel de la metáfora, otros han hecho afirmaciones explícitas basadas en la memética y aún otros han recurrido a teorías complejas de la evolución<sup>177</sup>.

La “memética” intenta explicar los procesos de la transmisión y el cambio cultural utilizando la “metáfora genética”, es decir, sostiene que las formas culturales se desarrollan de acuerdo con una lógica de la evolución acumulativa, a través de la cual los cambios graduales o menores se producen en el tiempo en una forma que refleja las presiones ambientales selectivas<sup>178</sup>.

---

<sup>177</sup> Cf. GOODENOUGH, O., «Cultural Replication Theory and Law», en *The Gruter Institute Working Papers on Law, Economics and Evolutionary Biology* 1 (2001), p. 2.

<sup>178</sup> Vid. DAWKINS, R., *El gen egoísta. Las bases biológicas de nuestra conducta*, Barcelona 1993, p. 218. Richard Dawkins en su libro “El gen egoísta”, puso de manifiesto como las ideas se replicaban mediante la transmisión de una persona a otra. Los chistes, las melodías musicales (por ejemplo, el “cumpleaños feliz”), los juegos (como el ajedrez), los eslóganes, y los comportamientos transmitidos culturalmente (por ejemplo, modas de vestir, o jugar al fútbol) pueden crear copias de ellas mismas mediante la propagación desde un cerebro humano a otro. Hay muchas ideas diferentes (variación), que se pueden transmitir de persona a persona (replicación), y las ideas se diferencian enormemente en su capacidad para diseminarse por la población (adaptación diferencial). Dawkins acuñó el término “meme” para referirse a estas ideas discretas que son las unidades replicativas en un dominio evolutivo no vivo. Los genes y los memes son análogos en varios aspectos importantes: son invisibles, se transportan por vehículos (organismos para los genes y dibujos, libros, dichos, etc. para los memes) en los que tienden a producir efectos característicos por los que están determinados a largo plazo.

De esta forma, se puede aplicar el “algoritmo” básico evolutivo para explicar la emergencia de instituciones sociales complejas como el resultado de un proceso prolongado de desarrollo histórico. Se puede considerar que las normas jurídicas, los precedentes, y las doctrinas jurídicas son “memes” que compiten por aparecer en los informes legales<sup>179</sup>.

El hecho de que las opiniones jurídicas citen opiniones anteriores como precedentes para aspectos del Derecho hace más fácil seguir la genealogía de un meme jurídico en particular. En contraste, puede ser muy difícil decir si dos conceptos transmitidos oralmente están relacionados por descendencia o son solo respuestas similares de adaptación al entorno memético.

El sistema federal de los Estados Unidos permite al menos cincuenta y uno “ecosistemas” separados interactuantes en los que los memes evolucionan de forma separada pero simultáneamente (un caso similar podría constituirlo los países de la Unión Europea, e incluso las Comunidades Autónomas dentro de España). Esto permite estudios comparativos (que son de mucha utilidad en el estudio de la evolución biológica) que nos son posibles con los memes culturales generales. Además, la velocidad de mutación de los memes jurídicos es mucho más lenta que los memes culturales transmitidos oralmente.

Los jueces tienen gran cuidado en citar los precedentes, y los casos se citan exhaustivamente antes de su publicación. Esto reduce las mutaciones causadas por la reproducción poco fidedigna. Y también asegura que los cambios en las doctrinas jurídicas en el tiempo se deban a la presión de selección más que a una deriva memética al azar<sup>180</sup>.

Simon Deakin propuso una teoría para comprender la evolución del Derecho en términos meméticos, se puede considerar que la doctrina jurídica es como un mecanismo particular de transmisión cultural que funciona codificando información en forma conceptual, promoviendo así su diseminación intertemporal.

---

<sup>179</sup> Cf. DEAKIN, S., «Evolution for Our Time: A Theory of Legal Memetics», en *Current Legal Problems* 55 (2002), p. 2.

<sup>180</sup> Cf. FRIED, M. S., «The evolution of legal concepts: the memetics perspective», en *Jurimetrics* 39 (1999), pp. 307-308.

La naturaleza del mecanismo implicado es esencialmente darwiniana, en el sentido de que opera por medio de un ciclo de herencia, variación y selección. El discurso jurídico posee los elementos de autonomía y auto-referencia que le proporciona la capacidad para su auto-replicación, y que al mismo tiempo mediante la coevolución se une a un proceso social y biológico más amplio.

Los conceptos jurídicos son el equivalente a los replicadores genéticos, con reglas o normas sustantivas que operan como entre los actores. Esta división refleja una más amplia en el ámbito social: la memética material (valores compartidos, asunciones y categorías heurísticas) está consagrada en la práctica de las instituciones, entendidas como ensamblajes de reglas, normas y convenciones<sup>181</sup>.

Deakin concluye que mientras que el patrón y la ruta de la evolución del Derecho puede ser objeto de los mecanismos evolutivos que comparten elementos con los que gobiernan la evolución biológica, la evolución del Derecho no se puede reducir a esos mismos procesos evolutivos biológicos.

Los psicólogos evolutivos afirman que han identificado una relación directa entre la evolución genética y la estructura social, pero la existencia de esta dinámica evolutiva dentro de la cultura humana, no es sin más, una evidencia de que el ser humano esté predeterminado por medio de su código genético a favorecer ciertas disposiciones de comportamiento.

Al menos parte de esta dinámica se puede explicar igualmente bien mediante la memética, procesos socio-estructurales que son diferentes (aunque de alguna forma relacionados) de los genéticos. La relación entre las esferas cultural y genética se debería entender como una coevolución más que como un efecto lineal de causa y efecto<sup>182</sup>.

Más recientemente, se ha avanzado en la idea de las "historias bio-jurídicas" como un intento de reflejar algo muy similar a la idea mucho más antigua de "unidad psíquica de la humanidad". A partir de los trabajos de Owen Jones sobre análisis evolutivos del Derecho, el proyecto de construir las historias bio-jurídicas

---

<sup>181</sup> Cf. DEAKIN, S., «Evolution for Our Time: A Theory of Legal...», cit. p. 30.

<sup>182</sup> Ibidem, pp. 34-45.

se puede describir como un intento de explicar ciertos macro-patrones en los sistemas jurídicos<sup>183</sup>.

Jones nos pide que imaginemos todo el espacio de diseño jurídico estructurado alrededor de cuatro variables: temas, contenido, instrumentos y esfuerzo. La idea es que los sistemas jurídicos se deberían comparar idealmente no solo uno con otro, sino también con las arquitecturas posibles que permitirían todo el espacio de diseño.

Lo más probable es que sólo una pequeña cantidad de esos espacios de diseño de sistemas jurídicos teóricamente disponibles resultará que se usan realmente en los sistemas jurídicos que existen, planteando la cuestión de la explicación de por qué no sólo el Derecho es como es, sino también porque no se parece más a las muchas formas de las que podría haber sido.

Aunque las características del Derecho humano no son estrictamente inevitables, no se debería pensar que son el producto de una cultura infinitamente variable, combinada con normas culturalmente contingentes, mezcladas con accidentes, restringidas por la economía y preservadas por medio de la eficacia.

Lo que observamos cuando miramos la arquitectura del Derecho es la firma cerebral única del animal humano, escrita por procesos evolutivos y elaborados dentro de dimensiones generosas del espacio de diseño que los procesos evolutivos no han restringido en sentido estricto<sup>184</sup>.

Estas ideas están muy relacionadas con una línea de investigación dentro del grupo de aproximaciones evolutivas contemporáneas al comportamiento humano denominada psicología evolutiva. La idea de que los humanos están

---

<sup>183</sup> Cf. JONES, O. D. & GOLDSMITH, T. H., «Law and Behavioral Biology», en *Columbia Law Review* 105 (2005), p. 466. Un postulado central de la antropología que afirma que todos los seres humanos, con independencia de su cultura o raza, comparten las mismas estructuras psicológicas y cognitivas. Vid. CALDARARO, N. L., *The Psychic Unity of Mankind: The Origins of Anthropology, the Anti-Slavery Movement, Cultural Relativism and Man's "Unique" Nature* (2011), en <https://ssrn.com/abstract=1858882> (Consultado 05/04/2018), p. 3.

<sup>184</sup> Cf. JONES, O. D., «Propriocepcion, non-law and biolegal history», en *Florida Law Review* 53 (2001), pp. 873-874.

dotados con alguna clase de conocimiento jurídico innato, nos lleva a esperar ciertas similitudes entre los sistemas jurídicos<sup>185</sup>.

Si se considera el Derecho penal, y nos centramos en cuestiones como que tipo de agresiones se consideran merecedoras de castigo y si existe o no acuerdo sobre las medidas de castigo para los diferentes tipos de transgresiones; existen una serie de evidencias que sugieren que, al menos en algunas áreas centrales como las agresiones físicas injustificadas, el robo de la propiedad ajena y el engaño en los intercambios, estos acuerdos generales si existen<sup>186</sup>.

Estas investigaciones no solo sugieren que ciertas ideas sobre el Derecho y los fenómenos jurídicos relevantes están muy extendidos, sino que también apuntan a unos posibles fundamentos evolutivos de esas ideas tan extendidas. Así, la explicación del interrogante de la existencia de intuiciones compartidas de la justicia es más probable que sea un mecanismo humano específicamente evolucionado para adquirir estas intuiciones centrales, más que conocimiento social general derivado de alguna serie de condiciones de vida y experiencias universales a todos los humanos y grupos de humanos.

Desde esta perspectiva, se podría concluir que los sistemas jurídicos gravitaran hacia ciertas posibilidades en el espacio de diseño jurídico más que hacia otras, dando verosimilitud a la idea de las "historias bio-jurídicas". Sin embargo, habría que decir que la introducción de las teorías de evolución cultural en la evolución del Derecho en estos momentos son mayormente de naturaleza conceptual y teórica, permaneciendo estas cuestiones abiertas incluso dentro de las aproximaciones evolutivas contemporáneas del comportamiento humano<sup>187</sup>.

---

<sup>185</sup> Cf. BROWN, G. R., DICKINS, T. E., SEAR, R. & LALAND, K. N., «Evolutionary accounts of human behavioural diversity», en *Philosophical Transactions of the Royal Society B* 366 (2011), pp. 316-317.

<sup>186</sup> Cf. ROBINSON, P. H., KURZBAN, R. O. & JONES, O. D., «The Origins of Shared Intuitions of Justice», en *Vanderbilt Law Review* 60 (2007), pp. 1653-1654.

<sup>187</sup> Cf. DU LAING, B., «Bio-Legal History, Dual Inheritance Theory and Naturalistic Comparative Law: On Content and Context Biases in Legal Evolution», en *Review of Law & Economics* 7 (2011), pp. 689-692.

#### 4.7. EL CONCEPTO DEL “TRASPLANTE JURÍDICO” EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO

El concepto de “trasplante jurídico” para describir el traslado de normas o leyes entre estados comenzó a usarse en 1927, cuando Frederik P. Walton utilizó este término en su artículo “La Escuela Histórica del Derecho y los Trasplantes Jurídicos” para criticar la opinión popular de la escuela histórica de del Derecho que estaba muy extendida por aquel entonces<sup>188</sup>.

Walton puso de manifiesto la periodicidad de casos de trasplante de leyes, la escuela histórica influida por los trabajos de Gustav Hugo y F.C. von Savigny, sostenía que el derecho, de la misma manera que el lenguaje y las costumbres, tenía que considerarse como la expresión de las convicciones del pueblo, que se desarrolla de forma gradual e inconsciente, de forma que el derecho adquiere validez no por medio de un acto de legislación sino como el producto final de un proceso histórico<sup>189</sup>.

Walton criticó las ideas de Savigny sobre el desarrollo histórico del derecho y su afirmación de que la codificación del derecho alemán era muy peligrosa porque interrumpía el desarrollo natural e inconsciente del mismo. Señala que una parte muy importante del derecho alemán no se desarrolló a partir de la conciencia del pueblo alemán ni asumía los signos del genio alemán, sino que se desarrolló a partir de la conciencia del pueblo romano y asume la huella del pensamiento Romano.

Se advierte que los desarrollos modernos en el mundo, donde un sistema legal completo o una parte significativa del mismo se trasladaba de un país a otro, desafiaban la teoría de Savigny sobre el desarrollo natural e inconsciente del derecho. Discutió casos de trasplante del derecho europeo occidental a Egipto, Japón y Turquía, países que son muy diferentes a los de Europa occidental en muchos aspectos socioculturales como raza, religión e historia.

---

<sup>188</sup> Cf. WALTON, F. P., «Historical School of Jurisprudence and Transplantations of Law», en *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 9 (1927), p. 183.

<sup>189</sup> Cf. RODES, R. E. JR., «On the Historical School of Jurisprudence», en *The American Journal of Jurisprudence* 49 (2004), p. 165.

También se distinguen estos trasplantes de otras formas de préstamo legal, como cuando un estado conquistador impone sus leyes sobre el pueblo conquistado, o cuando un país copia una norma concreta o una parte determinada de la legislación, porque estos préstamos se pueden adoptar sin desintegrar el sistema legal<sup>190</sup>.

Walton admite que en países como Francia o Inglaterra no se pueden producir estos trasplantes jurídicos tan enormes, como cuando se trasplanta un sistema legal completo, debido a que los juristas cuyo apoyo es esencial para las reformas legales suelen ser por regla general extremadamente conservadores.

Sugiere también que estos trasplantes jurídicos masivos solo pueden tener lugar en países orientales, porque sus líderes capturados por el “espíritu occidental” y deseosos de poner a sus países al nivel de progreso de Europa son capaces de provocar enormes cambios legislativos y de imponerlos a las masas pasivas y poco articuladas<sup>191</sup>.

A pesar de estos antecedentes del término, el concepto de “trasplante jurídico” o “trasplante legal” se asocia habitualmente con el reconocido historiador del Derecho Alan Watson. Este se interpreta como el fenómeno de trasladar una norma de un país a otro, o de un pueblo a otro y afirma que esta es la manera más frecuente de cambio jurídico.

El análisis de una serie de ejemplos de trasplantes jurídicos a lo largo de la historia del Derecho, llevó a Watson a desarrollar la aproximación del trasplante jurídico para los estudios de derecho comparado y a presentarla en un libro “Trasplantes jurídicos, una aproximación al Derecho Comparado”<sup>192</sup>.

En este libro y en otros muchos artículos se reitera la creencia de que la evolución de un sistema legal se debe al trasplante jurídico, la transferencia de instituciones y de normas legales desde un sistema legal hacia otro. Este

---

<sup>190</sup> Cf. WALTON, F. P. «Historical School of Jurisprudence...», cit, pp. 184-187

<sup>191</sup> Ibidem, pp. 188-192.

<sup>192</sup> Cf. CAIRNS, J. W., «Watson, Walton and the History of Legal Transplants», en *Georgia Journal of International and Comparative Law* 41 (2013), p. 638.

trasplante jurídico implica la incorporación por parte de un sistema legal de una norma jurídica, institución o doctrina adoptada de otro sistema legal<sup>193</sup>.

También puede referirse a la recepción de un sistema de derecho completo, que puede tener lugar de una forma centralista, tal y como se mostró con la introducción del Código Napoleónico en muchos países europeos. Sin embargo, en la mayoría de los casos, las normas o doctrinas extranjeras son tomadas prestadas en el contexto de la propia práctica jurídica, porque llenan un vacío o cubren una necesidad determinada en el país que la importa<sup>194</sup>.

Hasta el siglo XIX los trasplantes jurídicos tuvieron lugar principalmente dentro de Europa, los derechos europeos se trasplantaron a muchos países alrededor del mundo bien de forma directa o bien a través de la adopción de los códigos europeos. Un ejemplo es el Derecho consuetudinario inglés que se extendió por las colonias del Imperio Británico en América del Norte, Australia, Nueva Zelanda y parte de Asia y África.

También se asocia el trasplante jurídico con los denominados sistemas jurídicos híbridos, es decir, sistemas en los que dos o más tradiciones jurídicas influyeron en su desarrollo. También deben examinarse las razones que subyacen en la introducción de un Derecho extranjero para comprender su recepción en cada caso particular, por ejemplo, si se trata del resultado de una conquista, de una expansión colonial o de la influencia política del estado cuyo derecho se importa, o si se debe a la percepción de la calidad y el prestigio del derecho que se adopta<sup>195</sup>.

Este análisis también tiene que abordar las funciones que desempeña el derecho importado tanto en la ciencia y la educación jurídica como en la profesión jurídica durante el proceso de recepción; si los países importadores y exportadores son compatibles en relación a su cultura, estructura socioeconómica y nivel de desarrollo y también los resultados del trasplante jurídico<sup>196</sup>.

---

<sup>193</sup> Cf. MOUSOURAKIS, G., «Transplanting Legal Models...», cit. p. 95.

<sup>194</sup> Cf. CAIRNS, J. W., «Watson, Walton and...», cit. p. 669.

<sup>195</sup> Ibidem, p. 689.

<sup>196</sup> Cf. MOUSOURAKIS, G., «Conceptualizing Legal Change...», cit. pp. 264-266.



Watson intenta construir una teoría general de la evolución del Derecho desde los tiempos antiguos hasta la era moderna. Para ello sitúa la aproximación del trasplante jurídico como eje central no solo del Derecho comparado sino también de la evolución del Derecho basándose en tres argumentos que considera importantes:

- El primer argumento considera que el Derecho casi siempre está fuera de contexto, es decir, que en la mayoría de las veces no existe una relación entre circunstancias sociales, económicas o políticas y el sistema de normas de derecho privado. Las leyes una vez que se han redactado permanecen durante mucho tiempo, por lo que hay ejemplos de la historia donde las normas jurídicas presentes no satisfacen las necesidades y aspiraciones de una determinada sociedad o de un grupo o clase dentro de esa sociedad, pero todavía permanecen durante largos periodos de tiempo<sup>197</sup>. Incluso cuando el Derecho cambia lo hace de forma independiente del contexto social, estando la historia de la evolución del Derecho llena de ejemplos de que las leyes cambian de forma autónoma y en la mayoría de las veces mediante préstamos jurídicos<sup>198</sup>.

---

<sup>197</sup> Watson sugiere que los abogados y sus tradiciones profesionales son una condición más importante a la hora de legislar que las necesidades reales de la sociedad, y con ello desafía el paradigma popular de la teoría del derecho contemporánea de que el derecho es el resultado de las necesidades sentidas por una determinada sociedad. Para ilustrar las formas en las que el derecho es disfuncional, se basa en dos sistemas jurídicos occidentales, el de Roma y el de Inglaterra, y muestra como las normas jurídicas perjudiciales están vigentes durante siglos. Según Watson, el Derecho no se mantiene al ritmo del cambio social, incluso cuando ese cambio es inmenso. Sugiere que la razón para esta disparidad entre cambio social y cambio jurídico es precisamente el hecho poco notable e inadvertido de que el Derecho está fuera de contexto. Así la sociedad parece ser tolerante con las normas inadecuadas. Watson sugiere que un cuerpo jurídico insatisfactorio tiene menos efecto sobre el bienestar social o individual del que se le supone, remarcando con ello el desafío a la visión general de que es precisamente el desajuste entre el Derecho y la sociedad es una precondition para el cambio.

<sup>198</sup> Cf. KVIATEK, B., *Explaining Legal Transplants: Transplantation of EU Law into Central Eastern Europe*, Groningen 2015, pp. 52-53.

- Su segundo argumento es precisamente que el trasplante jurídico es la forma más importante de evolución del Derecho, la historia muestra como la evolución del Derecho privado europeo tuvo lugar principalmente mediante el trasplante de normas jurídicas y no necesariamente debido al impacto de las estructuras sociales. Afirma que la mayoría de los cambios en la mayoría de los sistemas son el resultado del préstamo a partir de jurisdicciones diferentes y pone ejemplos de normas jurídicas trasplantadas de un país a otro desde el siglo XVIII a.C., todavía en tiempos de Hammurabi, hasta las últimas transferencias de Derecho europeo a los países de Europa del este. Watson visualiza la evolución del Derecho como un proceso esencialmente interno, en el sentido de que considera generalmente poco importantes las influencias sociológicas sobre esta evolución<sup>199</sup>.

- Las pruebas que respaldan esta posición las obtiene de la historia y le permiten sostener su tercer argumento crucial, que el trasplante de normas jurídicas entre sistemas es socialmente fácil, incluso cuando existen grandes diferencias materiales y culturales entre las sociedades dadora y receptora. No existen áreas del derecho privado que sean muy resistentes a cambiar por influencias extranjeras (al contrario de la afirmación orientada sociológicamente que sostiene que las normas con raíces culturales son difíciles de cambiar), y los receptores de sistemas jurídicos no necesitan conocer el contexto del origen y el desarrollo de las normas que reciben por trasplante de otro sistema. Existen ejemplos en la historia del Derecho de normas jurídicas extranjeras influyentes incluso cuando fueron completamente malentendidas, y esto comprobaría no sólo que el Derecho

---

<sup>199</sup> Ivi, p. 54. Watson es un Romanista distinguido cuya mayor parte de su trabajo está relacionado con la recepción universal de Derecho Romano y con su longevidad admirable como un sistema jurídico bajo diferentes condiciones socioeconómicas. El Derecho Romano, tal y como se configuró por los compiladores de la codificación Justiniana en el siglo sexto a.C., ha sido una de las fuerzas más poderosas en el desarrollo del Derecho occidental. En esta experiencia como historiador del Derecho subyace el escepticismo de Watson hacia la opinión de que el Derecho deriva directamente de las condiciones sociales.

está fuera de contexto sino también la ausencia de una correlación uno a uno entre la evolución del Derecho y la evolución social<sup>200</sup>.

#### 4.7.1. Factores determinantes para la aplicación efectiva del trasplante jurídico

Watson remarca que al estudiar la historia de los trasplantes jurídicos, sólo considera el hecho de la existencia de normas jurídicas similares y no si estas normas obran un efecto similar en sistemas diferentes. En este sentido sugiere que la relación entre las normas jurídicas y la sociedad en la que operan puede expresarse como el balance entre dos series de factores opuestos, unos que determinan el cambio propuesto y otros que inhiben ese cambio:

*“(...) the two most startling, and at the same time most obvious, characteristics of legal rules are the apparent ease with which they can be transplanted from one system or society to another, and their capacity for long life. With transmission or the passing of time modifications may well occur, but frequently the alterations in the rules have only limited significance”<sup>201</sup>.*

Se identifica una serie de condiciones, a las que se refiere de forma explícita como las fuerzas internas de los sistemas jurídicos, y que incluyen la fuente de Derecho, las fuerzas de presión, las fuerzas de oposición, la tendencia al trasplante, los juristas que configuran las normas, el factor discrecional o de decisión, el factor de generalidad, la inercia y las necesidades percibidas<sup>202</sup>:

- La fuente de Derecho indica si una nueva norma entrará como un estatuto, como jurisprudencia, como una práctica o como un escrito académico.
- Las fuerzas de presión se refieren a las personas organizadas que creen que se podría obtener un beneficio a partir de un cambio viable de la norma.

---

<sup>200</sup> Cf. MOUSOURAKIS, G., «Conceptualizing Legal Change...», cit. pp. 268-269.

<sup>201</sup> WATSON A., «Comparative Law and Legal Change», en *The Cambridge Law Journal* 37 (1978), p. 313.

<sup>202</sup> *Ibidem*, p. 322.

- Las fuerzas de oposición son contrarias y se componen de personas que creen que el cambio jurídico propuesto sería perjudicial tanto para los individuos como para la sociedad en su conjunto<sup>203</sup>.
- El factor discrecional apunta al amplio poder de decisión que se otorga a los jueces y que es inherente al funcionamiento del Derecho, este se puede otorgar no sólo a los jueces, sino también al ejecutivo o incluso puede incorporarse en las normas jurídicas, cuanto mayor sea este factor menos ímpetu habrá para un cambio posterior.
- El factor de generalidad se refiere al rango de grupos de personas reconocibles o al rango de tipos diferentes de transacciones o situaciones afectadas por la norma.
- La inercia se refiere al deseo de la sociedad a mantener el estado actual, a la falta de interés por esforzarse por tener la norma más satisfactoria. La inercia es el factor que determina que las normas jurídicas vayan desacompañadas con las necesidades y deseos de la sociedad y no debe asociarse únicamente a la sociedad y a las élites gobernantes, sino también a determinados legisladores, jueces o académicos.
- Por último, las necesidades percibidas indican si una sociedad siente la necesidad de un cambio en particular operando a través de las fuerzas de presión sobre la fuente de Derecho<sup>204</sup>.

Watson declara que basándose en estos nueve factores se pueden diseñar modelos para el desarrollo del Derecho y para las relaciones entre el Derecho y la

---

<sup>203</sup> La tendencia al trasplante denota la receptividad de un sistema jurídico a una determinada norma jurídica ajena, como las normas se tienen que conocer antes de tomarse prestadas y puesto que los juristas son los que mayormente conocen las normas ajenas, esta tendencia al trasplante está muy implicada con la tradición jurídica. Los juristas que configuran las normas son los actores clave para llevar a cabo el cambio y por tanto su influencia es muy grande.

<sup>204</sup> Cf. WATSON, A., «Society's Choice and Legal Change», en *Hofstra Law Review* 9 (1981), pp. 1477-1481.

sociedad. Existen balances entre los factores que apoyan el cambio y los que se oponen a él<sup>205</sup>.

Así, la relación entre una sociedad y su sistema jurídico se puede expresar en general como una expresión matemática, una norma jurídica será estable cuando las necesidades percibidas, debilitadas por el factor discrecional, activando una fuerza de presión afectada por el factor de generalidad, para influir sobre la fuente de Derecho relevante, son menos potentes que la combinación de la inercia y las fuerzas de oposición.

Por otro lado, se producirá algún cambio jurídico cuando la fuerza de las necesidades percibidas, debilitadas por el factor discrecional, activando una fuerza de presión afectada por el factor de generalidad, para influir sobre la fuente de Derecho, todo modificado por la tendencia al trasplante y los juristas que configuran las normas, sea mayor que la fuerza de la inercia más la fuerza de oposición.

Se producirá un cambio jurídico cuando la fuerza de los factores que apoyan el cambio sea mayor que la fuerza de los factores que se oponen al mismo, estando la naturaleza del cambio determinada por el balance y el peso relativo de estos factores. Sin embargo, no se consideran factores ni la sociedad en su conjunto ni sus élites gobernantes, el cambio jurídico viene desencadenado por las fuerzas de presión que tienen la misma importancia que aquellas<sup>206</sup>.

#### **4.7.2. Las probabilidades de recepción del trasplante jurídico**

Algunos años más tarde, Watson no sólo consideró la transferibilidad o el hecho de la incorporación sino también la posibilidad de la recepción del trasplante jurídico. Se distinguen cuatro aspectos de los trasplantes jurídicos y la autonomía jurídica, y se presentan en términos de ejemplos concretos:

- El primer aspecto que explica la recepción de los trasplantes jurídicos es la extrema utilidad práctica, la cual constituye la base de la mayoría de la recepción de normas jurídicas, esto es, simplemente es económicamente más eficiente para los legisladores ahorrarse la penosa tarea de pensar,

---

<sup>205</sup> Cf. MOUSOURAKIS, G., «Conceptualizing Legal Change...», cit. p. 277.

<sup>206</sup> Cf. WATSON A., «Comparative Law and Legal Change...», cit. p. 333.

aunque a veces no lo sea para el Estado en su conjunto o para las élites gobernantes<sup>207</sup>.

- El segundo aspecto es el azar, con el significado de algo que no se puede predecir, no se puede factorizar de forma sistemática en ningún desarrollo puesto que esto es inherente a la propia naturaleza del azar, y por tanto no se puede argumentar en contra de su existencia<sup>208</sup>.

- El tercer aspecto es la dificultad de una visión clara, el Derecho tiene que esperar el transcurso de los acontecimientos cuando las normas se crean mediante precedentes jurídicos. Puede que una doctrina surja a partir de una línea de casos a través de un periodo de tiempo considerable; y los jueces del primer caso podrían haber sido completamente inconscientes de los parámetros de la doctrina resultante. Lo que no es tan fácil de percibir es que un jurista también puede crear una doctrina en etapas, inconsciente de cuál será su resultado final, y este puede ser especialmente el caso del jurista que opera dentro de un sistema que construye sus normas sobre la base de otro sistema<sup>209</sup>.

- El cuarto aspecto es la necesidad de autoridad, a menudo, el tomar prestado es creativo pero esta misma creatividad presenta una paradoja aparente, si se van a cambiar las normas jurídicas, ¿por qué preocuparse de aparentar que se piden prestadas? La respuesta es que todo legislador, además de legislar necesita desesperadamente autoridad<sup>210</sup>.

Estos cuatro aspectos del trasplante jurídico permiten resaltar cuatro elementos intensos que normalmente no se destacan en la discusión de la evolución del Derecho:

- Primero, que la educación jurídica tiene una influencia muy grande sobre la actitud jurídica.

---

<sup>207</sup> Cf. WATSON, A., «Aspects Of Reception Of Law», en *The American Journal of Comparative Law* 44 (1996), p. 335.

<sup>208</sup> Ibidem, p. 339.

<sup>209</sup> Ibidem, p. 341.

<sup>210</sup> Ibidem, p. 345.

- Segundo, que el desarrollo jurídico se modela a menudo a través de circunstancias accidentales.
- Tercero, que cuando se otorga una autoridad elevada a una norma ajena, los juristas pueden tener dificultad para encontrar soluciones jurídicas nuevas.
- Cuarto, que la autoridad legislativa tiene un papel central, ya que los jueces citan lo que se considera como autoridad apropiada, aunque estos textos sean inútiles o irrelevantes y los sigan de forma inconsciente.

Según Watson, estos hallazgos no son sorprendentes y se pueden encontrar a lo largo de la carrera de un determinado juez, sin embargo, estos elementos indican claramente el gran impacto que tiene una determinada educación judicial, una proclividad a tomar prestado, un uso poco realista de autoridad innecesaria y una auténtica mala interpretación<sup>211</sup>.

Para Watson no es posible construir una teoría general de la evolución de Derecho, aunque el examen de los diversos factores que participan en la relación entre las normas jurídicas y la sociedad revele tal diversidad de posibilidades que no se pudiera construir una teoría general sobre el desarrollo del Derecho en occidente, todavía podría ser admisible una teoría en tanto que se acepte que es posible trazar un patrón de desarrollo.

Se debería distinguir entre cuestiones de forma y cuestiones de concepto, es posible construir una serie de formas con el propósito de explicar una materia, si la validez de la teoría se define de tal manera que esta depende de la relevancia de las formas si sería posible construir una teoría de la evolución del Derecho, pero esta teoría sería entonces primariamente un ejercicio conceptual y no diría nada o muy poco de los contenidos o de los conceptos.

La mayor parte de esta teoría consistiría en afirmaciones sobre posibles interacciones entre materias organizadas conceptualmente y afirmaciones sobre hipótesis de trabajo sobre esas relaciones de interacción<sup>212</sup>.

---

<sup>211</sup> Ivi, pp. 350-351.

<sup>212</sup> Cf. MOUSOURAKIS, G., «Conceptualizing Legal Change...», cit. p. 279.

### 4.7.3. La imposibilidad de los trasplantes jurídicos

Para Watson el carácter nómada de las normas jurídicas demostraría que la idea de una relación estrecha entre Derecho y sociedad es una falacia, el Derecho es en su mayor parte autónomo y se desarrolla mediante trasplantes, no porque algunas normas sean la consecuencia inevitable de la estructura social, sino porque los que controlan el poder legislativo son conscientes de la norma jurídica ajena y reconocen los beneficios posibles que se derivarían de ella<sup>213</sup>.

El Derecho es, en gran medida, un fenómeno que opera a nivel de ideología, es una disciplina autónoma en su mayor parte resistente a influencias más allá del propio Derecho, que proporciona por sí mismo el ímpetu para su evolución. Esta idea de la omnipresencia de los trasplantes jurídicos como un proceso universal que viene ocurriendo repetidamente desde los tiempos de Roma de forma independiente del ajuste posible en el donante y el receptor, desafía la visión académica prevalente más “culturalista” del Derecho comparado que se inspiraba en los trabajos de Montesquieu<sup>214</sup>.

Uno de los críticos más poderosos de esta interpretación de la evolución del Derecho y de sus métodos comparativos fue Pierre Legrand, que no solo cuestionó la aplicabilidad de la aproximación de los trasplantes jurídicos en los estudios comparativos sino que llegó a cuestionar la propia posibilidad de los trasplantes jurídicos.

Para Legrand, los trasplantes son imposibles debido a las diferencias arraigadas entre los sistemas implicados, puesto que una norma jurídica es necesariamente una forma cultural incorporativa, su significado tiene que encontrarse esencialmente a través de procesos interpretativos subjetivos, que son función de asunciones epistemológicas del intérprete las cuales están ellas mismas condicionadas tanto cultural como históricamente. Por tanto los trasplantes no se

---

<sup>213</sup> Cf. MOUSOURAKIS, G., «Transplanting Legal Models...», cit. p. 95.

<sup>214</sup> Cf. GRAZIADEI, M., «Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge», en *Theoretical Inquiries in Law* 10 (2009), p. 726.



producen en absoluto, el producto de mover una norma jurídica a otro lugar siempre es cualquier cosa, pero no la misma norma<sup>215</sup>.

Se reivindica la inseparabilidad de los trasplantes jurídicos de su contexto social y cultural, critica a Watson por liberar al Derecho de la sociedad, su visión formalista del Derecho reduce el significado jurídico a un mero texto legislativo. Afirma que el Derecho se encuentra profundamente integrado en la cultura de la sociedad, que llega a ser disfuncional permanentemente una vez que se desconecta de la sociedad que lo ha desarrollado<sup>216</sup>.

Cuando las normas jurídicas se sacan de su contexto original, no cambian en cuanto se trasponen en otra cultura jurídica, de esta forma, las normas jurídicas que se trasplantan en un medio ambiente jurídico nuevo serán siempre diferentes que esas mismas normas en su medio original.

Por tanto, los trasplantes jurídicos no son posibles porque las normas jurídicas son inseparables de su contexto cultural y social, las normas jurídicas se diseñan para servir a las necesidades de una nación en particular y no pueden usarse por otra nación. Las normas jurídicas cambian tan pronto como son trasplantadas, y porque la desconexión del Derecho de la sociedad lo hace disfuncional de forma permanente<sup>217</sup>.

#### 4.7.4. Contexto cultural del trasplante jurídico

Otto Kahn-Freund presenta una aproximación alternativa intermedia entre estos dos extremos representados por Watson (transferencista) y Legrand (culturalista) al sugerir que la transferibilidad depende de la proximidad cultural de la norma jurídica. Afirma que no todas las normas jurídicas pueden transferirse y que existen grados de transferibilidad, de manera que el grado en

---

<sup>215</sup> Cf. COHN, M., «Legal Transplant Chronicles: The Evolution of Unreasonableness and Proportionality Review of the Administration in the United Kingdom», en *American Journal of Comparative Law* 58 (2010), p. 587.

<sup>216</sup> Cf. LEGRAND, P., «The Impossibility of “Legal Transplants”», en *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 4 (1997), pp. 113-114.

<sup>217</sup> Cf. LEGRAND, P., «The same and the different», en *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, LEGRAND, P. & MUNDAY, R. (Eds.), Cambridge 2003, pp. 276-277.

que una norma o institución se puede trasplantar depende de cuanto esté integrada en el contexto cultural<sup>218</sup>.

Kahn-Freund sitúa todos los trasplantes legales potenciales en un continuo entre los denominados trasplantes mecánicos, que son fácilmente transferibles y los orgánicos, que son difíciles de separar de su contexto jurídico y social. Siguiendo la conocida afirmación de Montesquieu de que “las leyes son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas”, se asegura que los obstáculos para los trasplantes jurídicos vienen determinados por dos grupos de variables:

- Unos son los factores ambientales, que incluyen factores geográficos, socioeconómicos y culturales.
- Y los otros son los factores puramente políticos.

Su tesis central es que durante los más de doscientos años desde los tiempos de Montesquieu, los factores geográficos, socioeconómicos y culturales han perdido mucha importancia, ya que la industrialización, la urbanización, el desarrollo de la comunicación y la elevada movilidad de las personas han reducido en gran medida los obstáculos ambientales para el trasplante jurídico<sup>219</sup>.

Por otra parte, los factores políticos han ganado importancia debido al aumento de las diferencias políticas: primero, entre países comunistas y no comunistas, entre dictaduras y democracias; segundo entre tipos de gobierno presidencialistas y parlamentarios; y tercero al aumento del papel que juegan los intereses organizados en la configuración y el mantenimiento de las normas jurídicas<sup>220</sup>.

En realidad, estas dos visiones absolutistas colapsaron posteriormente en un punto intermedio densamente poblado por autores que rechazaron tanto los aspectos alegres del mundo de Watson de trasplantes siempre en auge y el rechazo total de Legrad a esa visión. La mayoría de los estudios siguieron una vía

---

<sup>218</sup> Cf. COHN, M., «Legal Transplant Chronicles: The Evolution...», cit. p. 587.

<sup>219</sup> Cf. ZONGLING, S., «Legal Transplant and Comparative Law», en *Revue internationale de droit comparé* 51 (1999), pp. 853-854.

<sup>220</sup> Cf. KAHN-FREUND, O., «On Uses and Misuses of comparative Law», en *The Modern Law Review* 37 (1974), pp. 11-12.

culturalista, donde los formalismos jurídicos anticuados se reemplazaron por teorías socio-político-culturales realistas que consideran al Derecho como una construcción social viva.

Aquí, se ofreció la cultura jurídica como una clave determinante de la viabilidad de los trasplantes; el aislacionismo completo y la cercanía hermenéutica se reemplazaron por una visión del Derecho enraizado en su marco sociocultural y susceptible al mismo tiempo a influencias y entre ellas las extranjeras.

Los trasplantes jurídicos ya no se consideran adopciones de sistemas jurídicos completos creados desde arriba hacia abajo como los iniciados por las fuerzas coloniales. En cambio, los trasplantes aparecen en diferentes formas y tamaños, y se originan a partir de una variedad de fuentes. Se considera que los trasplantes como una parte de una serie de sucesos que se ven influidos por trasplantes pasados y futuros<sup>221</sup>.

Estos procesos evolutivos complejos resultan de la contribución de varios sistemas y culturas. Este análisis de los trasplantes como un aspecto general del Derecho toma una forma de una cronología; la atención excesiva en un punto del tiempo, puede proporcionar conocimiento del contenido del Derecho en ese punto, pero puede malinterpretar fácilmente la verdadera naturaleza del trasplante.

Se llega a una visión del Derecho evolucionando a través de un proceso continuo de eventos de diferente tipo, cada uno de los cuales son propensos a cambios subsecuentes y se ve influido por eventos previos y concurrentes, siendo los resultados de la contribución de varios actores y fuerzas, que también se encuentran en un constante estado de flujo<sup>222</sup>.

---

<sup>221</sup> Cf. COHN, M., «Legal Transplant Chronicles: The Evolution...», cit. pp. 585-588.

<sup>222</sup> Ibidem, p. 628.



# **CAPÍTULO V - DERECHO Y TECNOLOGÍA**



## CAPÍTULO V - DERECHO Y TECNOLOGÍA

La tecnología no se puede eludir (el teléfono, el ordenador...), la tecnocultura es irrefutable y dominante. La opinión preponderante sostiene que la tecnología es un poder por derecho propio que ha sido fundamental para la trayectoria histórica de la civilización occidental, sin ella la cultura contemporánea (trabajo, arte, ciencia y educación, y de hecho la gama completa de sus interacciones) sería impensable. Por tanto, la tecnología se ha convertido no solo en necesaria sino también en inadvertida y casi invisible<sup>223</sup>.

Con el paso del tiempo, aparecen nuevas y más sofisticadas variedades de aparatos, organizaciones y técnicas que van a reemplazar a las más antiguas. Las nuevas tecnologías entran en áreas de existencia social donde previamente no habían entrado, están continuamente extendiéndose en áreas nuevas de utilidad social. Cada vez aumenta más tanto el número como la diversidad de las clases de artificios tecnológicos que están disponibles para la sociedad humana<sup>224</sup>.

Hasta hace poco tiempo, la relación con la tecnología ha sido la de la "utilización", donde un ser humano inteligente y activo "utiliza" una tecnología. Aunque muchas de esas tecnologías son funcionalmente complejas, funcionan solo bajo la voluntad del ser humano; los coches no se conducen solos (aunque esto ya está empezando a cambiar), los aparatos de música no se entretienen solos y los aspiradores no deciden cuando hay que limpiar el hogar.

Algunas de estas tecnologías son capaces de alcanzar cierto nivel de actividad por su cuenta, pero, en última instancia, siempre dependen del ser humano para su implementación y para su propósito. Al menos que se les de "vida" y finalidad mediante su "utilización", estas tecnologías no son nada.

---

<sup>223</sup> Cf. MICK, D. G. & FOURNIER, S., «Paradoxes of Technology: Consumer Cognizance, Emotions, and Coping Strategies», en *Journal of Consumer Research* 25 (1998), p. 123.

<sup>224</sup> Cf. WINNER, L., *Autonomous Technology. Technics-out-of-Control as a Theme in Political Thought*, Cambridge 1978, p. 57.

Gracias a la tecnología de la computación, se establece el umbral de desarrollar una dinámica nueva, que implicará “interacción” en vez de “utilización”. Esta dinámica es el producto de las nuevas tecnologías “inteligentes”. Al igual que sus predecesoras existen para ayudar, para servir y para hacer más fácil la vida de los ciudadanos.

Sin embargo, a diferencia de aquellas, éstas jugaran un papel mucho más activo en nuestros proyectos mutuos. La dinámica que tendrán estas tecnologías “inteligentes” será mucho más igualitaria que la que la que hemos tenido siempre con sus antecesores.

Esta dinámica cambia desde una manipulación física deliberada hasta una presumible simbiosis inconsciente que indica que estas tecnologías “inteligentes” se diferencian del resto de tecnologías que hemos conocido hasta ahora, al menos en el aspecto importante de que son capaces de actuar por su cuenta<sup>225</sup>.

### 5.1. LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y TECNOLOGÍA

Tecnología es un término resbaladizo, que conlleva una carga interpretativa bastante pesada, y por ello no existe una única definición aceptada de tecnología, dependiendo mucho ésta definición del contexto. Si se centra la cuestión en las consecuencias de la tecnología, esto podría llevar a adoptar una definición tal como que la tecnología consiste en aquellos objetos materiales, técnicas, y conocimientos que permiten a los seres humanos transformar y controlar el mundo inanimado<sup>226</sup>.

Una definición más amplia incluiría también el control del mundo animado, y de esta forma se podría definir la tecnología como la utilización por el hombre de dispositivos o de patrones sistemáticos de pensamiento y actividad para controlar fenómenos físicos en orden a servir a sus deseos con el mínimo esfuerzo y la máxima eficiencia.

Las dos definiciones enfatizan el poder de la tecnología para lograr en control humano, por otra parte, el relato del desarrollo histórico de la tecnología

---

<sup>225</sup> Cf. BRENNER, S. W., *Law in an Era of “Smart” Technology*, New York 2007, pp. 4-5.

<sup>226</sup> Cf. BIJKER, W., HUGHES, T. P. & PINCH, T., *The Social Construction of Technological Systems. New Directions in the Sociology and History of Technology*, Cambridge 1993, p. 4.



define el cambio tecnológico como un proceso de cambio de conocimiento, que aumenta la capacidad potencial de las personas o de la sociedad para resolver problemas.

Estas definiciones, sin embargo, no explican porque el cambio tecnológico ha cautivado y preocupado a los juristas académicos. Cuando los académicos discuten los aspectos legales que surgen de una nueva tecnología, rara vez están interesados en la regulación del conocimiento o en la solución de problemas *per se*, y solo algunas veces se preocupan de los efectos de la tecnología sobre el mundo natural. En general, lo que desean más bien es describir cuales son las consecuencias jurídicas que se infieren o deberían inferirse a partir de ciertas conductas, en este caso a partir de conductas relacionadas con la nueva tecnología.

Este enfoque en la conducta no sorprende si se tiene en cuenta los modelos que se emplean normalmente para interpretar la naturaleza del Derecho, dentro de estos modelos, las innovaciones tecnológicas aumentan el rango de acciones que se pueden llevar a cabo en la práctica por las personas que viven en un momento determinado. En este contexto, se podría pensar en las innovaciones tecnológicas como aquellas invenciones, adopciones o difusiones de un proceso o de un producto nuevo que hacen factible nuevas formas de comportamiento<sup>227</sup>.

Para poder comprender la evolución de la relación entre Derecho y tecnología, es necesario tener en cuenta un aspecto cultural de la tecnología: que históricamente las tecnologías han funcionado solo dentro de un contexto cultural específico. Esto ya no se puede aplicar en el siglo XXI, puesto que las tecnologías “inteligentes” no se limitan a un contexto cultural particular, sino que sus funciones estarán interconectadas y de esta forma se distribuirán a través de contextos y penetrarán a través de la sociedad.

---

<sup>227</sup> Cf. MOSES, L. B., «Understanding Legal Responses to Technological Change: The Example of In Vitro Fertilization», en *Minn. J. L. Sci. & Tech.* 6 (2005), pp. 512-513. Para Hans Kelsen el Derecho es un sistema de normas que regulan el comportamiento, y considera a una norma como el sentido de un acto con el cual se ordena o permite y en especial se autoriza un comportamiento.

Las nuevas tecnologías inician cambios sociales y biofísicos que causan impactos sociales, que a su vez provocan respuestas sociales que darán lugar a nuevos cambios sociales y biofísicos de forma constante e iterativa. Así, los impactos sociales y de otro tipo de las nuevas tecnologías se pueden producir por un efecto directo de la propia tecnología, o producirse indirectamente por medio de los complejos cambios sociales creados por los cambios biofísicos y viceversa<sup>228</sup>.

### 5.1.1. La influencia de la tecnología en el Derecho

Las antiguas tecnologías han sido siempre tecnologías compartimentadas, que afectaban a la sociedad solo en aspectos muy específicos. Las estrategias del Derecho que se desarrollan para enfrentarse a las consecuencias que conllevaba la implementación de esas tecnologías específicas de contexto, se basaban en normas que también se encontraban compartimentadas, es decir se designaron para abordar aquellos aspectos segmentados y precisos que planteaba cada tecnología.

Un aspecto muy importante a tener en cuenta cuando se analiza la penetrabilidad de una tecnología en la sociedad es poder diferenciar entre la penetrabilidad del “efecto” de una tecnología y la propia penetrabilidad de la “tecnología”. En los dos casos se habla de la extensión en la que algo (efecto o tecnología) difunde a través de la sociedad, las tecnologías penetraban en la sociedad a través de sus efectos, así, la introducción de una tecnología influía en los miembros de la sociedad, pero en realidad los ciudadanos no implementaban dicha tecnología.

Los efectos de una tecnología se propagan a través de la sociedad, alterando el curso de la vida diaria de forma sutil o dramática, pero las propias tecnologías están en las manos de especialistas, personas que han sido entrenadas específicamente para implementarlas. Estas tecnologías solo expanden sus efectos

---

<sup>228</sup> Cf. RUSSELL, A. W., VANCALY, F. M. & ASLIN, H. J., «Technology Assessment in Social Context: The case for a new framework for assessing and shaping technological developments», en *Impact Assessment and Project Appraisal* 28 (2010), p. 112.

y son específicas de contexto, es decir, que tienen una función específica y se utilizan dentro de un contexto social específico<sup>229</sup>.

La penetrabilidad de las tecnologías “inteligentes” es un fenómeno muy diferente, porque es la propia tecnología la que penetra en la sociedad. Se difunde porque su implementación no está reservada a especialistas (aunque sean especialistas los que las crean y apoyan), de hecho estas tecnologías están destinadas a ser democráticas, es decir, a ser utilizadas por todo el mundo.

Al igual que las tecnologías específicas de contexto, las tecnologías “inteligentes” también penetran en la sociedad a través de sus efectos, pero como la propia tecnología también penetra en la sociedad, sus efectos no se encuentran compartimentados. Estas tecnologías “inteligentes”, en última instancia, penetran y afectan a cualquier ámbito de nuestra vida moderna, transformando la forma en la que se vive, se comunica, se interactúa y se trabaja<sup>230</sup>.

La penetrabilidad de las tecnologías de la información en nuestra sociedad ha llevado a aceptar como corriente que la interacción cotidiana con otras personas y organizaciones se produzca a través de los ordenadores. Probablemente, la tecnología de la información es el fenómeno que está más ampliamente implicado en la evolución del mundo del mañana. La humanidad espera que su ciencia y tecnología se encuentre en el centro de atención en esta evolución, y nada ejemplifica mejor el dominio humano en este proceso que los ordenadores<sup>231</sup>.

Durante siglos, las tecnologías han sido específicas de contexto. La utilización de estos aparatos y técnicas de estas tecnologías estaba exclusivamente reservada a un plantel de especialistas. La evolución de las tecnologías produjo normas jurídicas que definían los estándares de conducta de los especialistas que controlaban esas tecnologías específicas. Esas normas jurídicas eran específicas de

---

<sup>229</sup> Cf. BRENNER, S. W., *Law in an Era of “Smart”...*, cit. p. 10.

<sup>230</sup> Cf. GRIFFY-BROWN, C., EARP, B. D. & ROSAS, O., «Technology and the Good Society», en *Technology in Society* 52 (2017), p. 1.

<sup>231</sup> Cf. MARAKAS, G. E., JOHNSON, R. D. & PALMER, J. W., «A theoretical model of differential social attributions toward computing technology: when the metaphor becomes the model», en *Int. J. Human-Computer Studies* 52 (2000), p. 720.

contexto porque la actividad basada en esa tecnología era también específica de contexto, es decir, la actividad la realizaban un grupo ocupacional discreto dentro de un sector distintivo de la sociedad.

Así, las normas jurídicas se centraban en la aplicación correcta o incorrecta de una tecnología determinada y en las consecuencias que tenían sobre aquellos que controlaban esa tecnología. Las normas jurídicas solían tener una estructura sencilla porque las transacciones a las que se enfrentaban también tenían una estructura relativamente sencilla. Existía una correlación uno a uno entre una tecnología y una norma jurídica<sup>232</sup>.

Estas normas eran específicas y solo se referían a la implementación de una tecnología particular; las normas jurídicas establecían los estándares para los especialistas que implementaban esas tecnologías y especificaban los remedios disponibles cuando un especialista incumplía las obligaciones que establecían esos estándares. Un ejemplo paradigmático lo encontramos en las regulaciones de los diferentes gremios de artesanos en la Edad Media y principios de la edad moderna en Europa<sup>233</sup>.

Hay que destacar que la mayoría de las veces que los gremios se enfrentaban con innovaciones tecnológicas, su postura era la de oponerse a estas. Muchos artesanos pensaban que la cantidad de trabajo disponible era escaso y que las innovaciones tecnológicas que proporcionan más productos a partir de los mismos recursos, inundarían los mercados, bajarían los precios y dejarían sin trabajo a muchos de ellos. Los gremios por tanto, solían oponerse a las innovaciones que amenazaban sus rentas en ese mundo de suma cero.

Presionaban en contra de nuevos aparatos y productos, prohibían a sus miembros adoptar nuevos procesos, bloqueaban importaciones que incorporaban nuevas ideas y boicoteaban las mercancías y los trabajadores de aquellos lugares que usaban la tecnología prohibida<sup>234</sup>.

---

<sup>232</sup> Cf. BRENNER, S. W., *Law in an Era of "Smart"...*, cit. p. 19.

<sup>233</sup> Cf. RICHARDSON, G., «Guilds, laws, and markets for manufactured merchandise in late-medieval England», en *Explorations in Economic History* 41 (2004), p. 9.

<sup>234</sup> Cf. OGILVIE, S., «The Economics of Guilds», en *Journal of Economic Perspectives* 28 (2014), pp. 183-184.

Por otra parte, los gremios no siempre se oponían a la innovación, y una serie de tecnologías novedosas se inventaron por los maestros artesanos o se adoptaron por los gremios. Se han propuesto modelos teóricos en los que los gremios proporcionaban mecanismos institucionales para apoyar la invención y difusión de nuevas tecnologías, como por ejemplo proporcionando rentas de monopolio en los mercados de productos se podría haber permitido que los innovadores recogieran alguna porción de las ganancias de la innovación.

Mediante el monopolio del mercado del trabajo, los gremios podrían ayudar a asegurar la trasmisión de la tecnología a través de generaciones (mediante aprendizaje obligatorio durante años) y a través del espacio (mediante la itinerancia de oficiales). Promoviendo la agrupación espacial de los artesanos en las ciudades, los gremios podrían facilitar la transferencia tecnológica entre los maestros<sup>235</sup>.

Estas normas prescriptivas, eran por tanto normas civiles que suponían el medio que las sociedades utilizaban para corregir los perjuicios causados por un determinado especialista infractor. Las normas prescriptivas especifican la conducta que se requiere dentro del contexto de una institución o práctica.

Se caracterizan por ser normas “positivas” porque imponen una obligación afirmativa de actuar de una forma determinada, un ejemplo de esta clase de normas son las que establecen los estándares para los especialistas que implementan las tecnologías instrumentales avanzadas<sup>236</sup>.

Al final del siglo XIX, emergieron unas cuantas tecnologías que eran capaces de extenderse en la sociedad tanto ellas mismas como sus efectos, esta tendencia se aceleró en el siglo XX con la aparición de una clase nueva de

---

<sup>235</sup> Cf. EPSTEIN, S. R., «Craft guilds in the pre-modern economy: a discussion», en *Economic History Review* 81 (2008), pp. 170-171.

<sup>236</sup> Cf. STEWART, R. B., «Reconstitutive Law», en *Maryland Law Review* 46 (1986), p. 89; La contrapartida o el antónimo de las normas prescriptivas son las normas proscriptivas, estas se caracterizan por ser “negativas” porque requieren que las personas se abstengan de comportamientos que amenacen en mayor o menor medida el orden social. Vid. GIBBS, J. P., «The Sociology of Law and Normative Phenomena», en *American Sociological Review* 31 (1966), p. 320.

tecnología: la tecnología de consumo. Este nombre no indica un tipo particular de tecnología, sino una categoría que engloba muchas tecnologías diferentes que no usan los especialistas sino los ciudadanos normales.

Estos productos nuevos, en cantidades verdaderamente sin precedentes, abandonaron las fábricas y los talleres para usarse en los hogares. En varios países, desde 1920 a 1990, la economía de consumo creció hasta rivalizar con el tamaño de la economía de producción, de forma que en esos países, la salud económica dependería más del consumo de tostadoras y televisiones que de la fabricación de raíles de acero. Aspiradoras, planchas, frigoríficos, aparatos de radio y de televisión, teléfonos y coches se incorporaron a la vida diaria en tales cantidades que al siglo XX se le ha denominado la edad del consumo de masas<sup>237</sup>.

### 5.1.2. El uso indebido de la tecnología

Estas tecnologías de consumo tenían un potencial de mala utilización muy limitado, por ello el Derecho fue capaz de adaptar la estrategia usada con las tecnologías auténticamente específicas de contexto, es decir, el uso de normas compartimentadas, para acomodar estas tecnologías que solo penetraban modestamente en la sociedad.

Esta estrategia que se diseñó para controlar la aplicación defectuosa de la tecnología se extrapoló para englobar la aplicación inapropiada (el uso indebido) de estas tecnologías de preconsumo y de consumo. Esta extrapolación se basó en la premisa de que aunque los especialistas no aplicaban estas tecnologías, éstas se aplicaban en un contexto empírico distinto; este contexto pasó a ser el “uso propio” de cada tecnología.

También se basó en la asunción de que aquel que utilizaba una tecnología asumía una posición distintiva análoga a la que tenían los especialistas a los que se les aplicaban históricamente las normas específicas de contexto. La extrapolación de esta estrategia se interesaba sobre todo de la aplicación deficiente de una tecnología más que del uso indebido de la misma.

---

<sup>237</sup> Cf. OLDENZIEL, R., DE LABRUHÈZE, A. A. & DE WIT, O., «Europe's Mediation Junction: Technology and Consumer Society in the 20th Century», en *History and Technology* 21 (2005), p. 111.

Estas normas jurídicas se diseñaron y se destinaron solo a asegurar la integridad del proceso de aplicación de una tecnología y por tanto eran normas “sobre” una tecnología, y no eran normas de aplicación general, pero que cuando la aplicación de la tecnología se desplazaba en todo o en parte fuera del ámbito de la especialización, se podían aplicar además de a los especialistas a los ciudadanos normales. Esta aplicación deficiente de la tecnología es una preocupación sistémica ya que las sociedades se preocupan inherentemente en ver como se aplican ciertas tecnologías de forma efectiva<sup>238</sup>.

Esto siempre es así para las tecnologías de herramientas y de máquinas por el papel que juegan esas tecnologías en el soporte de las infraestructuras críticas, y también puede ser cierto para algunas tecnologías de consumo. Por ejemplo, el aumento de las tecnologías de consumo dio lugar al desarrollo de normas jurídicas para las responsabilidades del producto que responsabilizan al fabricante por los defectos en la aplicación de estas tecnologías.

Aunque la responsabilidad por accidentes o enfermedad causada por los productos tiene sus raíces en el siglo XIII, lo que verdaderamente engendró las normas de responsabilidad por los productos fue la comercialización masiva de los productos de consumo en el siglo XX<sup>239</sup>.

El “uso indebido” de una tecnología es un fenómeno diferente y relativamente reciente que no suele preocupar cuando la aplicación de la tecnología está en manos de los especialistas. Normalmente la aplicación deficiente de una tecnología es producto de la inadvertencia, mientras que el “uso indebido” es producto de la intención, más específicamente de la intención de producir un perjuicio a las personas o a la propiedad.

Pero ninguno de los factores que restringen el “uso indebido” por los especialistas se aplican cuando la tecnología se encuentra en manos de los ciudadanos normales. Este “uso indebido” llegó a constituir un problema con el aumento de las tecnologías de consumo, porque no la aplicaban los especialistas sino que su único propósito era su utilización por los ciudadanos (el “uso

---

<sup>238</sup> Cf. BRENNER, S. W., *Law in an Era of “Smart”...*, cit. pp. 150-151.

<sup>239</sup> Cf. GIFFORD, D. G., «Public Nuisance as a Mass Products Liability Tort», en *University of Cincinnati Law Review* 7 (2003), p. 744.

indebido” del teléfono, como el acoso, fue una de las primeras tecnologías de consumo que se usó indebidamente y que requirió una respuesta social).

La sociedad no puede ignorar el “uso indebido” porque tiene consecuencias negativas para la capacidad de la sociedad para mantener funciones esenciales y orden interno, las consecuencias de este “uso indebido” pueden ser mucho más serias que las de la aplicación deficiente de la tecnología, y llegar a ser delictivas.

Así, las normas jurídicas que regulan el “uso indebido” no son sobre una tecnología, sino que son, como todas las normativas penales, sobre infligir un daño a las personas o a la propiedad. Pero aunque la sociedad impone sanciones penales por este “uso indebido” no se ha llegado a plantear que este sea en sí mismo un tipo de conducta delictiva.

Con las nuevas tecnologías este “uso indebido” puede clasificarse en dos categorías:

- Un “uso indebido” de una tecnología que inflija un daño de una forma que no era posible hasta ahora (un nuevo delito).
- Un “uso indebido” de una tecnología para infligir un daño que haya sido proscrito por las normas jurídicas pero efectuado de una forma que no haya sido posible con anterioridad (un delito antiguo pero mediante un nuevo método).

Por tanto, en algunos casos necesitaremos nuevas normas jurídicas para enfrentarnos a nuevos e hipotéticos daños que se infligen de formas que no eran posibles hasta la aplicación generalizada de una nueva tecnología<sup>240</sup>.

## 5.2. LA REGULACIÓN DE LAS INNOVACIONES TECNOLÓGICAS

El Derecho desempeña un papel fundamental para construir el encaje entre los artefactos tecnológicos y su contexto social, los avances en el ámbito de lo que convencionalmente se califica como “tecnológico” requiere inevitablemente el reajuste de las conductas humanas existentes, las instituciones y sus relaciones.

Estos avances permiten formas nuevas de comportamientos y a veces excluyen otras antiguas, poniendo en entredicho conceptos de significado

---

<sup>240</sup> Cf. BRENNER, S. W., *Law in an Era of “Smart”...*, cit. p. 153-157.



fundamental para el Derecho como representación, causalidad, derechos, responsabilidad y culpa. La redefinición de estos conceptos en función de los nuevos avances tecnológicos es de capital importancia.

Los temas jurídicos nuevos creados por las innovaciones tecnológicas suelen ser bastante desafiantes, estos temas plantean a menudo cuestiones que se encuentran en la vanguardia del conocimiento científico, y por tanto no solo pueden ser incomprensibles para las personas corrientes, sino que también puede que no sea entendido completamente por los expertos en el campo relevante.

Además, los temas presentan, con frecuencia, variaciones nuevas que desafían las interpretaciones actuales del Derecho, incluso donde los límites del conocimiento científico no son críticos para la resolución de los mismos. Frente a esta comprensión y conocimiento limitados, se encuentra los actores legislativos, ejecutivos, administrativos y judiciales que deben continuar estableciendo y decidiendo sobre normas que gobiernan y deciden sobre esas controversias desconocidas<sup>241</sup>.

### 5.2.1. La regulación en la intersección del Derecho con la tecnología

La tecnología emerge como una institución social dinámica participando plenamente con otros mecanismos para crear orden social y epistemológico en las sociedades modernas. La interrelación entre el Derecho y la tecnología adquiere un significado especial, puesto que el poder del Derecho para articular normas sociales se entrelaza fuertemente con los esfuerzos de la tecnología para aplicar los conocimientos de la ciencia sobre la naturaleza del mundo físico y de nosotros mismos.

Visto de cerca, las disputas jurídicas sobre “hechos” tecnológicos normalmente aparecen donde la sociedad se encuentra ocupada por construir sus ideas sobre lo que constituye el conocimiento legítimo y cuanta consideración se debe exigir a la tecnología en relación con otros modos de conocimiento<sup>242</sup>.

---

<sup>241</sup> Cf. MANDEL, G. N., «History lessons for a General Theory of Law and Technology», en *Minn, J. L. Sci. & Tech.* 8 (2007), p. 552.

<sup>242</sup> Cf. JASANOFF, S., *Science at the Bar. Law, Science, and Technology in America*, Cambridge 1995, pp. XIV-XV.

En un sentido general, la regulación consiste en el empleo de medios adecuados para mantener un sistema en un estado deseado. En nuestro contexto, los medios se limitan a normas y reglas impuestas y aplicadas por algunas ramas del gobierno, ya sea legislativo o ejecutivo, central o local. Hay que tener en cuenta que la regulación es solo un aspecto de la política tecnológica.

El otro aspecto consiste en una variedad de medidas para el apoyo de la tecnología. Estas medidas, a menudo, son más importantes que la regulación a la hora de dirigir a la tecnología hacia un objetivo deseable, pero no hay que olvidar que la regulación es el instrumento principal para evitar que la tecnología perjudique a la sociedad. Aunque esta distinción entre regulación y promoción es útil, con frecuencia una política bien equilibrada consiste en una juiciosa y entrelazada de ambos tipos de medidas<sup>243</sup>.

El poder y la generalidad del concepto de regulación no se deberían considerar como una perversidad invisible para aquellos que la defienden. Por el contrario, los argumentos a favor del concepto de regulación se basan precisamente en la asunción de su generalidad y de su poder, porque, de hecho, estas características son las que permiten el establecimiento de una agenda política bien definida.

Los que favorecen la regulación esperan que ésta produzca una convergencia de las prácticas jurídicas, políticas, sociales y tecnológicas, que contribuyan a hacer valer el control y el encauzamiento de las nuevas tecnologías<sup>244</sup>.

En las democracias constitucionales, la regulación de la sociedad requiere un consenso democrático. En tanto que los instrumentos y las infraestructuras tecnológicas tienen un impacto normativo, estos deberían someterse al régimen democrático y al estado de Derecho.

---

<sup>243</sup> Cf. BRAUN, E. & WIELD, D., «Regulation as a means for the social control of technology», en *Technology Analysis & Strategic Management* 6 (2007), p. 259.

<sup>244</sup> Cf. GUTWIRTH, S., DE HERT, P. & DE SUTTER, L., «The trouble with technology regulation from a legal perspective. Why Lessig's "optimal mix" will not work», en *Regulating Technologies*, BROWNSWORD, R. & YEUNG, K, (Eds.), Oxford 2008, pp. 193-196.

No tendría sentido que las decisiones generales sobre la introducción de innovaciones tecnológicas que engloben un impacto normativo sobre la sociedad se dejen en manos de científicos, ingenieros o de la industria que pretenden obtener un beneficio de ellos. Por medio de una valoración constructiva o participativa de las tecnologías, se podría orientar las decisiones políticas y anticipar los impactos normativos para supeditar la fuerza reguladora de las tecnologías al dominio del Derecho<sup>245</sup>.

Cuando se tiene que tomar decisiones sobre la regulación de las nuevas tecnologías, la forma y el estilo de la regulación, y su matriz institucional necesitan una consideración muy cuidadosa. El Grupo de Trabajo para una Mejor Regulación (Better Regulation Task Force) propuso cinco principios para una buena regulación, estos eran:

- Transparencia. Los reguladores deberían ser abiertos y mantener las regulaciones de una forma sencilla y fácil de utilizar.
- Rendición de cuentas. Los reguladores deben ser capaces de justificar sus decisiones, y estar sujetos al escrutinio público.
- Proporcionalidad. Los reguladores deberían solo intervenir cuando sea necesario, los remedios deberían ser apropiados al riesgo planteado, y se deberían identificar y minimizar los costes.
- Consistencia. Las normas gubernamentales y los estándares tienen que ir unidos y aplicarse de forma justa.
- Focalización. La regulación debería centrarse en los problemas y minimizar los efectos colaterales<sup>246</sup>.

---

<sup>245</sup> Cf. HILDEBRANDT, M., «Legal and technological normativity: more (and less) tan twin sisters», en *Techné* 12 (2008), p. 179.

<sup>246</sup> Cf. BETTER REGULATION TASK FORCE, *Principles of Good regulation*, Londres 2003, p. 1; El Better Regulation Task Force es un organismo público del gobierno británico, que tiene como función asesorar al gobierno a reducir los obstáculos reguladores y administrativos innecesarios, y asegurar que la regulación y su aplicación se ajustan a los principios que propone. En el caso de España, la definición de estos principios se encuentra dispersa y establecida en diferentes leyes:

- Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

Cada uno de estos principios principales incluyen una serie de sub-principios (por ejemplo, la transparencia se descompone incluyendo requerimientos para la claridad de los propósitos reguladores y una comunicación clara de esos propósitos, su consulta, sanciones claras para su no cumplimiento, redacción clara de las regulaciones, y una información, apoyo y orientación para aquellos objeto de la regulación, además de tiempo para cumplirlas).

Además, la proporcionalidad y la focalización se orientan para contrarrestar la tendencia, en una sociedad reacia al riesgo, hacia una sobre-regulación. Todos estos principios indican la complejidad de cualquier intento de desarrollar criterios orientadores en la regulación de las tecnologías<sup>247</sup>.

### 5.2.2. La tecnología como objeto de regulación

La tecnología como objeto de estudio del Derecho tiene una historia más corta que la que presenta en la historia o en la filosofía, los estudios sobre la relación entre tecnología y sociedad han revelado que esta relación es compleja. El determinismo tecnológico simplista, en el sentido de que es virtualmente inevitable el desarrollo tecnológico a lo largo de una trayectoria determinada, y que este a su vez impacta sobre la sociedad, se ha visto rebatido por los

- 
- 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 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.
  - Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Vid. ÁLVAREZ SUÁREZ, M., *La mejora de la regulación en España como política pública: análisis y evolución*, en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas* 17 (2017), en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=281550680002> (Consultado 10/02/2018).

<sup>247</sup> Cf. BROWNSWORD, R., «What the World Needs Now: Techno-Regulation, Human Rights and Human Dignity», en *Global Governance and the Quest for Justice*, BROWNSWORD, R. (Ed.), Oxford 2004, p. 223.

académicos que mediante su trabajo empírico cuidadoso han mostrado la imprevisión de las trayectorias tecnológicas.

Dado el poder del diseño de las tecnologías, la concienciación de la elección ha llevado a realizar esfuerzos para aumentar la implicación democrática en la toma de decisiones tecnológicas. Parte de esto lo conforma el reconocimiento de la importancia de los mecanismos que facilitan esta implicación pública, por ejemplo, la participación constructiva en la evaluación en tiempo real de la tecnología.

Aunque durante mucho tiempo los académicos jurídicos han permanecido silenciosos frente a estos desarrollos tecnológicos, en la actualidad su posición ha cambiado, y muestran un gran interés en la relación entre Derecho y tecnología.

Se ha sugerido que este reciente interés proviene de las investigaciones sobre el “ciber-Derecho”, particularmente de los temas relacionados con la posibilidad, la conveniencia y la naturaleza de la regulación de Internet; aunque ha llevado algún tiempo que la cuestión de la regulación de Internet se expandiera al campo de la regulación de la tecnología<sup>248</sup>.

El término regulación de la tecnología se utiliza en la bibliografía con diferentes significados, normalmente en un sentido más amplio que el estudio de cómo se crean, se interpretan y se aplican los estándares técnicos. La mayoría de las diferencias entre los diferentes autores están precisamente relacionadas con estos diferentes significados de “regulación” y de “tecnología”.

La palabra “regulación” se suele utilizar con los siguientes sentidos diferentes:

- Como una serie específica de instrucciones. Donde la regulación implica la promulgación de una serie de normas vinculantes para su aplicación por un organismo dedicado a este propósito<sup>249</sup>.

---

<sup>248</sup> Cf. MOSES, L. B., «How to Think about Law, Regulation and Technology: Problems with “Technology” as a Regulatory Target», en *Law, Innovation and Technology* 5 (2013), pp. 2-3.

<sup>249</sup> Un ejemplo sería la normativa sobre la circulación aplicada por la Dirección General de Tráfico.

- Como una influencia deliberada del Estado. Aquí el término regulación tiene un sentido más amplio y abarca todas las acciones del estado diseñadas para influir en comportamiento social o comercial. Por tanto, los regímenes basados en mandatos estarían comprendidos dentro de este uso; pero también lo estarían una gama de otros modos de influencias<sup>250</sup>.

- Como todas las formas de influencia social o económica. Donde todos los mecanismos que afectan al comportamiento, tanto si están basados en el estado o provienen de otras fuentes (por ejemplo, los mercados), se consideran reguladores. Una de las grandes contribuciones de la denominada teoría de la “regulación inteligente” ha sido señalar como la regulación puede llevarse a cabo no solamente por las instituciones del estado, sino por una multitud de otros organismos, incluyendo corporaciones, auto-reguladores, instituciones profesionales o de comercio, y organizaciones voluntarias. De acuerdo con esta tercera utilización amplia del término “regulación”, no existe un requerimiento de que los efectos reguladores de un mecanismo sean intencionados o diseñados en lugar de ser incidentales o secundarios a otros objetivos.

Se debe destacar que, a menudo, se piensa en el concepto de regulación como una actividad que restringe el comportamiento e impide la aparición de ciertas actividades indeseables (un concepto de “luz roja”). Sin embargo, el punto de vista más amplio es que la influencia de la regulación también puede ser habilitante o facilitadora (“luz verde”), como por ejemplo cuando las ondas electromagnéticas se regulan para permitir que las operaciones de emisión se conduzcan de forma ordenada en vez de abandonarlo al caos potencial de un mercado sin control<sup>251</sup>.

La mayoría de autores se suelen centrar en la regulación de los gobiernos y sus agencias, pero algunos han comenzado a adoptar una aproximación “descentralizada” que busca de forma más amplia la acción de otras influencias.

---

<sup>250</sup> Por ejemplo, aquellos basados en la utilización de incentivos económicos (impuestos o subsidios), poderes contractuales, asignaciones de recursos, franquicias, suministro de información, u otras técnicas.

<sup>251</sup> Cf. BALDWIN, R., CAVE, M. & LODGE, M., *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*, New York 2012, pp. 2-3.

Así el término “descentralizado” se utiliza a menudo para abarcar una serie de nociones que tienen tanto dimensiones positivas como normativas. Se utiliza para expresar la observación de que los gobiernos tienen, y la proposición de que no deberían tener, el monopolio de la regulación y que la regulación se produce dentro y entre otros actores sociales, por ejemplo grandes organizaciones, asociaciones de colectivos, comités técnicos, profesionales, etc., todos sin la implicación del gobierno o incluso sin su aprobación formal: existe una regulación en muchos espacios (“many rooms”).

Esta descentralización también se utiliza para describir cambios que se producen dentro del gobierno y la administración, como la fragmentación de las tareas de formación e implementación de las políticas. También se usa para expresar la observación de que los gobiernos se encuentran limitados en sus acciones, y que intervienen en tanto que son también actores. La descentralización es, por tanto, parte del debate sobre la globalización por un lado, y por otro lado parte del debate sobre los desarrollos de los niveles medios del gobierno (regionalismo, transferencias, federalismo).

La descentralización también se utiliza en un sentido positivo para describir las consecuencias de un análisis particular de los sistemas sociales, en los que la política y la administración, como también el Derecho y la economía, se describen como subsistemas auto referenciados cerrados, incapaces de observar a otros sistemas excepto a través de sus propias lentes distorsionadas; la descentralización consiste en la eliminación del gobierno y de la administración del centro conceptual de la sociedad.

Finalmente, a partir de las anteriores observaciones, la descentralización se puede utilizar, positivamente o normativamente, para expresar el descabezamiento: la retirada del estado de la jerarquía conceptual del estado-sociedad, y el paso hacia una relación de heterarquía en la que los papeles de gobernadores y gobernados se encuentran ambos desplazados y poco definidos<sup>252</sup>.

---

<sup>252</sup> Cf. BLACK, J., «Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a “Post-Regulatory” World», en *Current Legal Problems* 54 (2001), pp. 103-104.

Dentro de la literatura sobre tecnología, también se define la regulación como la influencia intencionada sobre el comportamiento de alguien o de algo. Esta es una noción amplia de regulación que es una dimensión muy rica y que comprende una gran variedad de tipos de regulación<sup>253</sup>.

Finalmente, algunos autores adoptan la definición de regulación como el intento sostenido y centrado en alterar el comportamiento de otros de acuerdo a estándares o a objetivos con la intención de producir un resultado o resultados, y que puede involucrar mecanismos de acción normativa, recolección de información y modificación del comportamiento<sup>254</sup>.

La regulación, que potencialmente es tanto más amplia como más restringida que el Derecho, tiene algunas ventajas sobre este cuando se considera como se controlan y se afectan las actividades tecnológicas. La regulación es capaz de capturar el Derecho blando (“soft law”) que se puede ignorar en las definiciones tradicionales del Derecho, y también de unos medios de control más distribuidos.

En realidad este Derecho blando no es una cuestión de nuevas iniciativas gubernamentales, sino que se elabora a través de actores que se mueven en nuevas direcciones. Estos actores pueden ser actores reguladores que están abiertos a acciones reguladoras pero que no saben exactamente cómo proceder. Este Derecho blando se asocia generalmente con procedimientos complejos de auto representación, y auto informes que pueden resultar en una mayor organización<sup>255</sup>.

---

<sup>253</sup> Cf. KOOPS, B. J., «Ten dimensions of technology regulation: Finding your bearings in the research space of an emerging discipline», en *Dimensions of technology regulation*, GOODWIN, M. E. A., KOOPS, B. J. & LEENES, R. E. (Eds.), Nijmegen 2010, p. 312.

<sup>254</sup> Cf. BLACK, J., «Decentring Regulation: Understanding the Role...», cit. p. 142.

<sup>255</sup> Cf. RIP, A., «De Facto Governance of Nanotechnologies», en *Dimensions of technology regulation*, GOODWIN, M., KOOPS, B. J. & LEENES, L. (Eds.), Nijmegen 2010, p. 295; La expresión “hard law”, se refiere a las normas de conducta que tienen fuerza jurídica vinculante, es decir, la legislación. La expresión “soft law” se suele utilizar en relación con instrumentos heterogéneos en los que suelen concurrir dos elementos, el carácter no jurídicamente vinculante y una cierta relevancia jurídica. Por ejemplo, en relación con resoluciones no vinculantes de organizaciones internacionales, instrumentos de actores no



### 5.3. LA NECESIDAD DE LA REGULACIÓN TECNOLÓGICA: EL DILEMA DEL CONTROL

Un aspecto importante en el ámbito de la regulación de los temas tecnológicos es la actitud ambigua hacia estos temas, puesto que no existe una respuesta inequívoca a la cuestión básica de si se tiene que regular o no la tecnología y en que extensión el Derecho necesita seguir y ajustarse al cambio tecnológico. La naturaleza propia de la tecnología no se corresponde con marcos jurídicos a largo plazo; y por otra parte sus innovaciones son impredecibles y por tanto no son fáciles de resolver por las reformas jurídicas.

La introducción de nuevas tecnologías que imponen conductas que afectan a la sociedad suele venir acompañada por exigencias de intervención para proteger los derechos individuales. Con frecuencia, los partidarios de la intervención apoyan sus posiciones declarando que el Derecho no debe rezagarse detrás de la tecnología. Al mismo tiempo surgen preocupaciones en relación con los peligros de una intervención temprana a la hora de regular las tecnologías.

El temor viene motivado por el deseo de evitar la acción antes de que se haga realidad el potencial completo de una tecnología, se teme que mediante la obstrucción de un potencial tecnológico que todavía no se ha completado, se pueda frenar el progreso. La intervención temprana en la regulación de las nuevas tecnologías es muy controvertida, este estado de polémica se debe al menos en parte a los casos en los que las medidas de intervención se toman en debates tecnológicos muy politizados<sup>256</sup>.

Los pensadores de la tecnología se dividen en dos grandes grupo extremos: los teóricos instrumentales y los teóricos sustantivos de la tecnología. En general las teorías instrumentales tienden a tratar a la tecnología como una herramienta

---

estatales, los códigos de conducta, buenas prácticas y estándares, y los denominados acuerdos no normativos). En conjunto se aprecia que la expresión se aplica a instrumentos cuya juridicidad es dudosa o cuya fuerza vinculante se cuestiona. Vid. MARZUELO-BELLIDO, A., «Soft Law. ¿Mucho ruido y pocas nueces?», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 8 (2004), p. 2.

<sup>256</sup> Cf. BERNSTEIN, G., «When New Technologies Are Still New: Windows of Opportunity for Privacy Protection», en *Villanova Law Review* 51 (2006), p. 922.

disponible para servir los propósitos de sus usuarios, considerándola neutra, sin contenido valorativo en sí misma, y no examinar sus amplios impactos sociales, culturales y políticos.

Los instrumentalistas se identifican, a menudo, con líneas de pensamiento que respetan la autonomía individual en materia de tecnología, porque en parte se percibe a la tecnología como neutra en su impacto sobre los asuntos humanos, y en parte por la voluntad humana de decidir cuándo adoptar o no una tecnología. En este marco, la transformación tecnológica es una cuestión de acción intencionada, un asunto de elección racional y utilitaria.

Esta perspectiva sostiene que la tecnología solo sirve a las finalidades previstas por sus usuarios, los instrumentalistas creen que los seres humanos pueden y dirigen el uso de la tecnología, y que los temores de que una tiranía tecnológica supere la autonomía individual son infundados. Muchas de estas concepciones sobre la tecnología se basan en un punto de vista optimista de que los cambios tecnológicos producen en gran medida resultados beneficiosos para los individuos y sus comunidades.

Las teorías sustantivas, enfatizan las formas en las que los sistemas tecnológicos pueden tener un impacto sustantivo sobre los intereses de individuos y comunidades que pueden discrepar de los pretendidos impactos de las tecnologías. Destacan como las estructuras tecnológicas pueden superar la voluntad humana o incluso la acción institucional.

Las teorías sustantivas sugieren que la tecnología es mucho más que una herramienta, que se impregna con el poder de la estructura social y como tal va a conseguir que la acción humana sea insignificante. Este sistema se caracteriza por una dinámica expansiva que en última instancia superará todos los enclaves pretecnológicos y moldeará toda la vida social. Por tanto, la instrumentación total es un destino del que no existe otra escapatoria que la retirada, solo la vuelta a la tradición o a la simplicidad ofrece una alternativa a la monstruosidad del progreso<sup>257</sup>.

---

<sup>257</sup> Cf. FEENBERG, A., *Transforming Technology. A critical Theory Revisited*, New York 2002, pp. 5-7.

Estas diferentes teorías influyen de diferente forma en el análisis jurídico. Los instrumentalistas mantienen que los individuos o los gobiernos pueden elegir adoptar o no las nuevas tecnologías y por tanto no existe ningún problema político real.

Por otra parte, los teóricos sustantivos sugieren que aunque creemos que somos los dueños de la tecnología, esto es en su mayor parte una ilusión, porque nos hemos convertido en parte de los procesos tecnológicos y estamos forzados a seguir el ritmo y adaptarnos a estos procesos. Por tanto, la adopción de ciertas tecnologías, o la falta de regulación de esas tecnologías por el gobierno o los actores jurídicos, nos llevará a un lugar donde no esperaríamos o querríamos necesariamente llegar.

En resumen, los pensadores jurídicos que caen hacia el lado final del espectro de “las máquinas nos controlan”, apoyarán políticas jurídicas más intervencionistas, mientras que los que se identifican con la posición de “nosotros nos encargamos de las máquinas” pueden rechazar la interferencia con los desarrollos tecnológicos, debido en parte a la reticencia a cambiar el *statu quo* jurídico en una forma agresiva que pudiera trastornar indebidamente los intereses jurídicos tradicionales.

En este contexto, las perspectivas de la relación Derecho-tecnología se pueden influir de forma similar por los puntos de vista sobre si los progresos de las nuevas tecnologías forman parte de un desarrollo en progresión continua, o si esos progresos representan una ruptura sustancial con eras tecnológicas anteriores.

Así, los que ven las nuevas tecnologías como discontinuas con esos primeros tiempos, pueden enfatizar las deficiencias de las aproximaciones tradicionales; y los que ven continuidades históricas en el progreso de las tecnologías pueden reclamar que los mecanismos jurídicos tradicionales pueden enfrentarse de forma adecuada con las cuestiones jurídicas que surjan<sup>258</sup>.

---

<sup>258</sup> Cf. COCKFIELD, A. J., «Individual Autonomy, Law and Technology: Should Soft Determinism Guide Legal Analysis?», en *Bulletin of Science Technology & Society* 30 (2009), p. 5.

El dilema de Collingridge, también denominado el dilema del control, es uno de los paradigmas mejor establecidos que exponen un desafío a la evaluación y la regulación de la tecnología. David Collingridge publicó en 1981 un importante libro titulado “The Social Control of Technology” que sentó las pautas sobre muchos debates posteriores sobre la evaluación y la regulación de la tecnología.

Collingridge contribuyó de forma importante al campo de los estudios de la ciencia y la tecnología, y desarrolló una línea de pensamiento distintiva y sustantiva en relación con el control social de la tecnología, es decir, la posibilidad de que las personas y los intereses convencionalmente excluidos moldearan las formas y las orientaciones de las trayectorias innovadoras en sectores tecnológicos particulares.

Su trabajo se interesaba sobre el aumento de la agencia social sobre la tecnología, y criticaba lo que denominó la “escuela justificacionista” en la toma de decisiones, la filosofía y la ciencia política<sup>259</sup>.

### 5.3.1. Supuestos subyacentes en el dilema del control

Collingridge comienza su libro preguntándose si se puede controlar la tecnología y cómo podemos hacer que esta haga lo que queremos y evitar sus consecuencias indeseables. Después utiliza una serie de estudios de casos de controversias tecnológicas para aclarar algunos de los principales factores que afectan los intentos de control, y propone algunas soluciones tentativas<sup>260</sup>.

El dilema de Collingridge se utiliza a menudo para referirse al hecho de que es difícil pronosticar los futuros efectos desconocidos de una tecnología, mientras que una tecnología bien desarrollada es difícil de dirigir, porque se ha integrado en la sociedad (consolidado, en las palabras de Collingridge).

El dilema de Collingridge señala el hecho de que la función preventiva de la evaluación temprana de la tecnología tiene graves limitaciones, porque bien falta

---

<sup>259</sup> Cf. GENUS, A. & STIRLING, A., «Collingridge and the dilemma of control: Towards responsible and accountable innovation», en *Research Policy* 47 (2018), p. 61.

<sup>260</sup> Cf. JOHNSTON, R., «Controlling Technology: An Issue for the Social Studies of Science», en *Social Studies of Science* 14 (1984), pp. 102-103.

el conocimiento o el poder para cambiar la dirección del desarrollo tecnológico, dejando como único medio para la reacción de la sociedad la rápida adaptación a la nueva tecnología<sup>261</sup>.

*“The social consequences of a technology cannot be predicted early in the life of the technology. By the time undesirable consequences are discovered, however, the technology is often so much part of the whole economics and social fabric that its control is extremely difficult. This is the dilemma of control. When change is easy, the need for it cannot be foreseen; when the need for change is apparent, change has become expensive, difficult and time consuming”<sup>262</sup>.*

Las consecuencias sociales de una tecnología no se pueden predecir en las primeras etapas de la vida de la tecnología. Sin embargo, para cuando se descubren las consecuencias no deseables de la tecnología, a menudo forma ya tanto parte de la totalidad del tejido social y económico que es extremadamente difícil de controlar. Este es el “dilema del control”. Cuando el cambio es fácil, no se puede vislumbrar la necesidad de este cambio; cuando es evidente la necesidad del cambio, el cambio se ha convertido en costoso, difícil y requiere mucho tiempo<sup>263</sup>.

Las razones para esta resistencia al control se basan en el fenómeno de la consolidación o el arraigo (*entrenchment*), referido al ajuste de otras tecnologías con la que se está desarrollando, de forma que eventualmente el control de esta última solo es posible a expensa de reajustar las tecnologías que las rodean.

Las consecuencias de esta consolidación de la tecnología son importantes, y significan que:

- El cambio es costoso.
- La programación del cambio está fijada.
- El cambio supone un debate intenso.

---

<sup>261</sup> Cf. VAN EUNDOHOVEN, J. C. M., «Technology Assessment: Product or Process?», en *Technological Forecasting and Social Change* 54 (1997), p. 280.

<sup>262</sup> Frase original de COLLINGRIDGE (1980), citado por LIEBERT, W. & SCHMIDT, J. C., «Collingridge’s dilemma and technoscience», en *Poiesis Prax* 7 (2010), p. 57.

<sup>263</sup> Cf. GENUS, A. & STIRLING, A., «Collingridge and the dilemma of control...», cit. p. 63.

- En un debate sobre cambio, el *statu quo* tiene una ventaja desigual.
- El conseguir un ajuste óptimo nuevo de las tecnologías es un proceso largo.
- La consolidación es particularmente intensa para los sistemas de gran valor y escasa variedad.

Muchas de estas consecuencias son plausibles de manera intuitiva, pero no dicen mucho de cuál es el origen y los mecanismos de esta consolidación. La posición filosófica de Collingridge solo es capaz de ofrecer poco más que la sugerencia de “adaptar las tecnologías circundantes”.

Esto parece una consecuencia directa de considerar a la tecnología desde un punto de vista limitado como “maquinista”, que no llega a percibirla también como incrustada o arraigada en las prácticas e interrelaciones sociales, y que no se plantea cuestiones tales como a qué intereses sirve esta tecnología<sup>264</sup>.

Posteriormente, otros autores realizaron análisis más completos de este dilema del control, reconociendo que la tecnología en sus manifestaciones varias, es una parte importante del mundo humano, y que sus estructuras, procesos y alteraciones entran a formar parte de las estructuras, procesos y alteraciones del conocimiento humano, de la sociedad y de la política<sup>265</sup>.

Langdon Winner explica esa consolidación de la tecnología de acuerdo con dos procesos generales. Primero, la naturaleza de la tecnología desarrollada en las sociedades occidentales en los últimos dos siglos, en conjunto con los valores sociales que le dan apoyo, es tal que es más productiva cuando no se vislumbra ni se controla su gama de resultados finales.

La tecnología siempre hace mucho más que lo que teníamos previsto, en general, esto se ha considerado como una característica apreciable de la tecnología porque establece las bases para el siguiente ciclo de desarrollo, y por tanto para la espiral creciente de la tecnología. De esta forma, las consecuencias imprevistas no se prevén. Más bien, reflejan el criterio común y hasta hace poco indiscutible de

---

<sup>264</sup> Cf. JOHNSTON, R., «Controlling Technology: An Issue for the Social Studies...», cit. pp. 105-106.

<sup>265</sup> Cf. WINNER, L., *Autonomous Technology. Technics-out-of-Control...*, cit. p. 6.

que las consecuencias imprevistas positivas superarán las consecuencias imprevistas negativas<sup>266</sup>.

El segundo proceso hunde sus raíces en la estructura y en los valores de la sociedad tecnológica con su compromiso de artificialidad y racionalidad, su escala y su interconexión. Como consecuencia, una vez en marcha, la reconstrucción tecnológica del mundo tiende a continuar sin límites, el mundo se mueve en transición entre dos estados diferentes de equilibrio.

La renovación completa de la realidad no cesará hasta que se establezca un equilibrio de un orden mundial verdaderamente tecnológico. La elaboración de un artificio racional a gran escala requiere que virtualmente cualquier cosa a su alcance se transforme para adaptarse a las necesidades especiales del conjunto tecnológico. Cualquier cosa que no se adapte se elimina, tanto para todas las partes materiales, todas las partes individuales humanas, y para todos los segmentos del sistema social.

A partir de cierto nivel de desarrollo tecnológico, la tecnología se convierte en un mecanismo que se autogenera, se auto-perpetúa y se auto-programa, y los fines humanos se adaptan para ajustarse a los medios tecnológicos disponibles<sup>267</sup>.

Un análisis posterior de la extensión de la consolidación de la tecnología en las sociedades industriales se pudo desarrollar en base al análisis del conocimiento "sedimentado", que se centró principalmente en la función del lenguaje como transmisor de la realidad objetiva compartida. En relación a la "sedimentación" se arguyó que solo una pequeña parte de la totalidad de la experiencia humana se retiene en la consciencia.

Así las experiencias que se retienen llegan a sedimentarse, es decir, se solidifican en el recuerdo como entidades reconocibles e inolvidables. Esta sedimentación solo llega a compartirse y asume una forma social cuando se objetiva en alguna clase de sistema de signos, normalmente el lenguaje<sup>268</sup>.

---

<sup>266</sup> Ivi, pp. 91-92.

<sup>267</sup> Ibidem, pp. 214-215.

<sup>268</sup> Cf. BERGER, P. L. & LUCKMAN, T., *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge*, London 1991, pp. 84-85.

La transmisión del significado de una institución se basa en su reconocimiento social como una solución permanente a un problema permanente de ese grupo. El significado objetivo aceptado de la actividad institucional se concibe como conocimiento que se transmite como tal.

Por tanto, el argumento de Berger y Luckman es que ciertas experiencias se llegan a compartir y alcanzan un estatus objetivado a través de su entrada y sedimentación en el lenguaje, y/o en las instituciones. De forma similar, se puede argumentar que el conocimiento y la experiencia humana acumulada en relación con producir y hacer, es decir, la tecnología, llega a sedimentarse en las prácticas y organizaciones sociales<sup>269</sup>.

Aunque Collingridge es conocido por enunciar el dilema, no sostiene que el dilema no pueda superarse. El status social y epistemológico no se puede considerar como una proposición invariable y universal, es decir, la proposición del dilema no es una constante socio-tecnológica o socio-antropológica.

Más bien, el dilema surgió y, para hacer más énfasis en las acciones y decisiones humanas, se construyó (intencionadamente o no) por los hombres. Incluso cuando la forma descriptiva del dilema estaba fundamentada con algunos estudios de casos del siglo XX, el objetivo normativo del su autor fue el de proponer una nueva forma de enfrentarse con el dilema del control.

Para poder reconstruir los argumentos que entraña el dilema, se tienen que aclarar los supuestos subyacentes, el dilema hace uso de una noción del control que se refiere a conocimiento y a poder y a interlocutores. Se debe conocer que la tecnología tiene o tendrá efectos perjudiciales, y que tiene que ser posible cambiar de alguna forma la tecnología para evitar esos efectos. Para controlar la tecnología, se necesitan tanto el conocimiento como el poder para actuar, el conocimiento sin poder carece de impacto y el poder sin conocimiento es ciego.

Por tanto, Collingridge para formular el dilema incorpora una dimensión del conocimiento y una dimensión del poder. Pero, además, considera una dimensión temporal del control, en concreto un control precoz y uno tardío, la cuestión más difícil es cuando controlar.

---

<sup>269</sup> Cf. JOHNSTON, R., «Controlling Technology: An Issue for the Social Studies...», cit. p. 108.



Un control muy temprano podría ser posible debido al poder para cambiar situaciones y condiciones marco, pero carece de conocimiento de las consecuencias; el control tardío puede descansar sobre mucho conocimiento pero será en su mayoría incapaz. Para poder reconstruir el dilema se tienen que tener en cuenta estas tres dimensiones: tiempo, conocimiento y poder/interlocutores<sup>270</sup>.

### 5.3.2. La contribución de Collingridge al marco de la regulación responsable de la tecnología

En general, el trabajo de Collingridge se utiliza como base fundamental para enmarcar los problemas en relación con la innovación tecnológica responsable y con las estrategias particulares para dirigir de forma más efectiva las estrategias del binomio tecnología-sociedad. Se ha recurrido al dilema del control en un sentido general para respaldar los argumentos sobre como regular innovaciones en contextos, no exclusivamente tecnológicos, donde el conocimiento es inasequible o controvertido.

Por ejemplo, en el contexto económico la elección de los mercados apoyada en la aplicación de regulación retrospectiva también presenta este dilema del control, porque el conocimiento de la naturaleza de los riesgos y los beneficios de las innovaciones financieras se logra después de su uso en la práctica en el mundo real y a gran escala durante un periodo de tiempo considerable. Para cuando se ha logrado adquirir suficiente conocimiento en relación con la naturaleza de los riesgos de los impactos de una innovación, estos impactos podrían ya haberse producido<sup>271</sup>.

Los enfoques proactivos admiten en su mayoría la última parte del dilema de Collingridge, sin embargo, es demasiado tarde para intervenciones en el proceso de desarrollo. Además, estas intervenciones no serán capaces de configurar la tecnología y sus efectos sociales en la forma deseada. Al mismo tiempo, los enfoques proactivos intentan superar la primera parte del dilema, y de

---

<sup>270</sup> Cf. LIEBERT, W. & SCHMIDT, J. C., «Collingridge's dilemma and...», cit. pp. 57-58.

<sup>271</sup> Cf. ASANTE, K., OWEN, R. & WILLIAMSON, G., «Governance of new product development and perceptions of responsible innovation in the financial sector: insights from an ethnographic case study», en *Journal of Responsible Innovation* 1 (2014), p. 13.

este modo lo diluyen incorporando perspectivas multidisciplinares intermedias (una estrategia desconocida en los tiempos en los que Collingridge formuló su dilema).

La idea es que un grupo multidisciplinar, a veces apoyado por partes interesadas, estará mejor equipado que un grupo solamente formado por técnicos e ingenieros, para anticipar el impacto social que tendrá una innovación tecnológica. Esto abre la posibilidad para un enfoque proactivo en el diseño de las tecnologías en orden a configurar el comportamiento y las consecuencias del contexto del usuario en una dirección deseada.

En consecuencia, el desarrollo socio-tecnológico retratado a través del dilema de Collingridge implica una tensión entre la tecnología y lo social. El resultado de esta tensión es que la relación entre la tecnología y lo social se caracteriza por ser el de una lucha de poder: quién controla a quién. En otras palabras, si es lo social o es la tecnología la parte más fuerte; y cuál es la fuerza motriz en el desarrollo socio-tecnológico.

Nos podemos preguntar si el objetivo de una innovación tecnológica socialmente responsable y éticamente sólida implica que un enfoque proactivo involucra un intento de controlar la tecnología (una tecnología que si no se controla toma un curso en franco desacuerdo con la responsabilidad social). La respuesta parece ser que ser proactivo sí que significa tener un cierto deseo de configurar la tecnología y sus consecuencias sociales y morales<sup>272</sup>.

Sin embargo, los enfoques cuyo objetivo es ser socialmente responsable y éticamente sólido, no deberían apropiarse de la interpretación de la relación tecnología-sociedad que implica el dilema de Collingridge. Este dilema surge de la visión de que la tecnología tiene una trayectoria semiautónoma, y por tanto con efectos sociales impredecibles en sus etapas iniciales y con efectos irreversibles en sus etapas posteriores.

Como las tecnologías se consideran semiautónomas, se deberían controlar desde fuera de ellas. Este parece ser la actitud normativa que alimenta el dilema.

---

<sup>272</sup> Cf. KIRAN, A., «Does responsible innovation presuppose design instrumentalism?: Examining the case of telecare at home in the Netherlands», en *Technology in Society* 34 (2012), p. 220.

Aquí, la implicación es que la relación entre lo social y lo tecnológico es externa, al ser definidas y constituirse de forma separada, de acuerdo con una lógica distinta y a menudo opuesta<sup>273</sup>.

Una dimensión particular de las ideas de Collingridge es el reconocimiento de la importancia del proceso continuo de diálogo como medio para aumentar la corregibilidad de las decisiones. A este respecto, esta “receptividad dialógica” presenta cuatro características principales: aumenta la autocrítica, implica la destrucción y la reconstrucción de las identidades de aquellos que participan en las deliberaciones sobre la innovación tecnológica, consiste solo en la adopción real del diálogo, y es especialmente sensible a los grandes desafíos de nuestro tiempo.

Esta receptividad continua del diálogo impide una atención unilateral sobre una tecnología o sobre una solución, mejora el debate abierto con la sociedad sobre las diferentes soluciones posibles, implica a los agentes interesados en definir los impactos correctos de la innovación, evita el bloqueo, aumenta la corregibilidad e incorpora pluralidad en las estrategias de innovación<sup>274</sup>.

Existen algunos aspectos de los trabajos de Collingridge que han sido menos reconocidos, por ejemplo, su aproximación a buscar el control social de la tecnología se interpreta a menudo que simplemente conlleva la monitorización y la búsqueda continua de los errores, facilitando de mejor forma la remediación a asegurar que las direcciones que se han adoptado sean lo más corregibles posible. Sin embargo, este es solamente una parte del proceso.

Otros temas incluyen otras estrategias, además de la corregibilidad, y que apuntan a otras dimensiones en relación con la toma de decisiones tecnológicas de manera anticipatoria. Describe una serie de formas equivalentes para superar los obstáculos en el control de la tecnología y que incluyen: mantener opciones abiertas, aumentar la falta de sensibilidad del desempeño de la tecnología al error,

---

<sup>273</sup> Cf. KIRAN, A., «Responsible Design. A Conceptual Look at Interdependent Design-Use Dynamics», en *Philosophy & Technology* 25 (2012), p. 180, 196.

<sup>274</sup> Cf. BLOK, V., «Look who’s talking: responsible innovation, the paradox of dialogue and the voice of the other in communication and negotiation processes», en *Journal of Responsible Innovation* 1 (2014), p. 171, 185.

mejorar la controlabilidad, gestionar la consolidación, reducir el dogmatismo de los expertos, y minimizar las deseconomías de escala.

Collingridge afirma que mantener las opciones futuras abiertas facilita el control social de la tecnología al aumentar la flexibilidad de las decisiones, al tener un rango de opciones técnicas disponibles evita la dependencia de una única tecnología. Así, la elección de que vía de innovación tecnológica naciente se sigue o no, es una cuestión de elección social y tecnológica, implicada con visiones contrapuestas de los propósitos, los beneficios y las limitaciones de la tecnología y con procesos más o menos eficaces de toma de decisiones.

El conocimiento requerido para evitar grandes errores puede ser conocimiento concerniente a una clase de decisiones similares sobre tecnología aunque ese conocimiento operativo sobre la tecnología en cuestión todavía no esté disponible<sup>275</sup>.

### 5.3.3. El factor temporal

El tiempo es un factor esencial cuando las características de una nueva tecnología hacen probable que esta provoque una consolidación rápida de ciertas formas de conducta que puedan afectar a la sociedad. Esta conclusión se apoya en conocimientos obtenidos a partir de varias disciplinas: la teoría económica de la dependencia del camino a seguir, la teoría del cierre sobre los estudios de ciencia y tecnología, y la teoría de las normas sociales y el Derecho.

La dependencia del camino a seguir, definida de forma amplia, se refiere a las formas en las que la trayectoria o la ruta en el que se realizan las cosas vienen afectadas por el camino o las elecciones que se tomaron inicialmente en el pasado. Se han ofrecido varias explicaciones para justificar nuestra dependencia de los caminos emprendidos.

Primero, se utilizan la eficacia y los costes adaptativos invertidos para explicar la dependencia del camino a seguir, una vez que se han realizado inversiones en un sentido y se han creado expectativas en relación con esa decisión, siempre es más eficiente mantener esa iniciativa existente que iniciar una nueva. De hecho, incluso cuando la decisión adoptada resultara ineficiente,

---

<sup>275</sup> Cf. GENUS, A. & STIRLING, A., «Collingridge and the dilemma of control...», cit. p. 63.

podría resultar insuficiente para justificar su abandono si tenemos en cuenta los costes necesarios para corregir o facilitar la nueva iniciativa.

En segundo lugar, los actores que están motivados para inducir el cambio, puede que no sean eficaces a la hora de influir en la decisión pública. Y en tercer lugar, la información sobre la nueva alternativa puede que no esté disponible, principalmente porque la vía alternativa choca con la percepción de lo que se considera la situación normal de las cosas<sup>276</sup>.

La teoría del cierre (*closure*) es un concepto acuñado por el movimiento de la Configuración Social de la Tecnología (*Social Shaping of Technology*). El cierre es el punto en el que desaparecen las controversias que rodean los diseños competidores, los usos y las normas que defienden los diferentes grupos, una interpretación de cómo se debería diseñar y utilizar una tecnología llega a establecerse como norma<sup>277</sup>.

Hasta llegar al punto de cierre, todavía existe flexibilidad interpretativa en relación con los diseños y los usos potenciales. En la ciencia, se produce el cierre cuando emerge un consenso de que se ha entresacado la verdad a partir de varias interpretaciones; en la tecnología ocurre cuando emerge un consenso de que se ha solucionado un problema que surgió durante el desarrollo de una tecnología.

Cuando los grupos sociales implicados en el diseño y la utilización de una tecnología deciden que se ha resuelto un problema, la tecnología se estabiliza y el resultado es el cierre. Sin embargo, cierre y estabilización no son eventos aislados, se producen repetidamente durante el desarrollo tecnológico, en cierto sentido, el cierre reestructura el mundo tecno-social relacionado con la tecnología. Una vez que se alcanza el cierre, esencialmente se pierde la flexibilidad interpretativa, y

---

<sup>276</sup> Cf. BEBCHUK, L. A. & ROE, M. J., «A Theory of Path...», cit. pp. 129-130. Esta teoría fue utilizada por algunos autores, como Mark J. Roe, que seguían las teorías económicas modernas para explicar la evolución del Derecho.

<sup>277</sup> Cf. RUSELL, S. & WILLIAMS, R., «Social Shaping of Technology: Frameworks, Findings and Implications for Policy, with Glossary of Social Shaping Concepts», en *Shaping Technology, Guiding Policy: Concepts, Spaces and Tools*, SØRENSEN, K. H. & WILLIAMS, R. (Eds.), Aldershot 2002, p. 108.

aunque su recaptura es posible, suele ser mucho más difícil reabrir la controversia y recuperar la flexibilidad interpretativa<sup>278</sup>.

El cierre puede constituir un obstáculo importante al cambio porque puede excluir opciones y reducir la flexibilidad, todavía permanece abierto el debate sobre el grado en el que el cierre es necesariamente final. En concreto, algunos críticos han cuestionado si el concepto de cierre se puede aplicar por igual a todas las tecnologías o a todos los aspectos de las tecnologías dinámicas complejas.

Pero, incluso si concedemos que el cierre es meramente una cuestión de gradación, y que por tanto la estabilización puede ser incompleta y que la controversia podría reabrirse potencialmente, es evidente que el cierre tiene un impacto. Una vez que desaparece la controversia y los individuos cesan de mantener interpretaciones contradictorias en relación con los usos sociales y diseños de la tecnología, nuestra capacidad para transformar esos diseños y usos se encuentra mermada sustancialmente<sup>279</sup>.

Se puede extraer un apoyo adicional de la importancia del factor temporal a partir de la bibliografía sobre el Derecho y las normas sociales. Aunque estos estudios no abordan la cuestión de la temporalidad de forma directa, si que se centran en la efectividad reducida de las medidas legales donde se encuentran en rotunda contradicción con las normas sociales existentes.

La literatura al respecto muestra como las norma jurídicas tienen menos probabilidad de ser eficaces cuando se desvían drásticamente de las normas sociales existentes. De forma inversa, la bibliografía muestra como una norma jurídica nueva es generalmente más efectiva cuando no se desvía de las expectativas de la comunidad y de los significados sociales de dichos actos<sup>280</sup>.

---

<sup>278</sup> Cf. BIJKER, W., HUGHES, T. P. & PINCH, T., *The Social Construction of Technological Systems...*, cit. pp. 12-13.

<sup>279</sup> Cf. BERNSTEIN, G., «When New Technologies Are Still New...», cit. p. 942.

<sup>280</sup> Vid. SCOTT, E. S., «Social Norms and the Legal Regulation of Marriage», en *Virginia Law Review* 86 (2000), pp. 1926-1928; KAHAN, D. M., «Gentle Nudges vs Hard Shoves: Solving the Sticky Norms Problem», en *The University of Chicago Law Review* 67 (2000), p. 608; COOTER, R., «Do Good Laws Make Good Citizens? An Economic Analysis of Internalized Norms», en *Virginia Law Review* 86 (2000), p. 1597.

Cuando se observan anteriores normas jurídicas que discrepaban de forma sustancial de las normas sociales existentes, parece que esas normas no solo pudieron ser menos eficaces a la hora de transformar las normas sociales, sino que de hecho pudieron resultar contraproducentes al potenciar las propias normas que perseguían cambiar. Estas observaciones aclaran algunos casos de incumplimiento de normas jurídicas que se estructuran para regular conductas relacionadas con el uso de nuevas tecnologías.

La teoría del Derecho y las normas sociales sugiere que cualquier intento de configuración social de normas arraigadas relacionadas con la tecnología, lo más probable es que se encuentre con obstáculos considerables. Estas trabas a las que se enfrentan las reacciones jurídicas que se retrasan ponen de manifiesto la relevancia de postergar el factor temporal cuando se evalúa las reacciones a las nuevas tecnologías<sup>281</sup>.

Además, una legislación prematura y obstructiva podría obstaculizar estas innovaciones y evitar la aparición de ventajas potenciales. Lo que subyace bajo esta tendencia de contención de la legislación sobre la innovación tecnológica y sus aplicaciones es el temor a que se creen impedimentos para los tecnólogos, sobrecargando la competitividad o causando disfunciones económicas<sup>282</sup>.

Pero, paradójicamente, esta tendencia a evitar una regulación excesiva choca con un deseo contrario de llenar el vacío jurídico que puede entorpecer la innovación tecnológica, privándola de un entorno jurídico fiable y seguro donde puedan tener lugar la concepción y difusión eficiente de sus resultados.

En última instancia, tiende a prevalecer la idea de que la intervención es necesaria, incluso en situaciones donde no se pueden anticipar completamente o se juzguen mal todas las implicaciones, a pesar de la indeterminación científica, para poder proteger de forma efectiva frente a riesgos todavía desconocidos.

Esta conclusión podría incluso dar lugar a una prohibición o a una moratoria de ciertas innovaciones, o a crear trabas a la investigación, pero exige indudablemente un marco regulador que apoye una innovación tecnológica

---

<sup>281</sup> Cf. BERNSTEIN, G., «When New Technologies Are Still New...», cit. pp. 944-946.

<sup>282</sup> Ibidem, pp. 927-928.

segura y con valor consistente. Este debate avanza entonces hacia la consideración de las características deseables para esta regulación de la tecnología.

Este intercambio mutuo entre los enclaves del Derecho y la tecnología, que al principio se consideraban separados, afecta especialmente al contenido de la regulación, pero también tiene impacto sobre la clase de fuentes jurídicas que están en cuestión, sobre su ordenamiento y su posición, sobre su capacidad de adaptarse a una material intrínsecamente dinámica, al procedimiento por el que se van a adoptar, y a su calidad sustantiva.

Todas estas características se polarizan alrededor de puntos opuestos aunque simétricos, que muestran de manera clara estas tensiones y ciertamente la complejidad intrínseca de la discusión sobre la perspectiva de regular la tecnología<sup>283</sup>.

#### 5.4. LOS MECANISMOS DE REGULACIÓN DE LA TECNOLOGÍA

El problema de la conexión reguladora, existe de hecho no solo cuando surge una nueva tecnología, sino también cuando la tecnología ya está establecida y extendida de alguna forma, porque ésta sencillamente sigue evolucionando y transformándose. Esta permanente conexión con la tecnología que evoluciona tiene una influencia sobre el marco normativo que tiene que evolucionar a su vez para ajustarse a la característica de mutabilidad de su objeto de regulación.

Es decir, la regulación será ineficaz o inapropiada si la tecnología deja atrás al marco de referencia para esta regulación. Esta conexión implica que la regulación necesita incorporar un grado de flexibilidad o de carácter abierto, que debería, cuando sea posible, adoptar estrategias tecnológicamente neutras, y que debería interpretarse de manera intencional<sup>284</sup>.

El proceso legislativo es lento, mientras que la tecnología cambia muy rápido. Esta distancia entre las innovaciones tecnológicas y el cambio en el

---

<sup>283</sup> Cf. PALMERINI, E., «The interplay between law and technology, or the RoboLaw Project in context», en *Law and Technology. The Challenge of Regulating Technological Development*, PALMERINI, E. & STRADELLA, E. (Eds.), Pisa 2013, pp. 13-16.

<sup>284</sup> Cf. BROWNSWORD, R., «What the World Needs Now: Techno-Regulation...», cit. p. 224.



Derecho puede afectar a la incertidumbre jurídica y provocar que las personas actúen en entornos ambiguos donde los derechos y responsabilidades no se pueden reconocer o predecir de forma clara. Además, el desarrollo y la difusión (no regulada) de los avances tecnológicos influyen en el comportamiento de los usuarios, genera necesidades, y dispara demandas en los mercados, que terminan imponiéndose mediante la fuerza de los hechos.

Por otra parte, el vacío temporal entre la emergencia de una innovación tecnológica y su subsiguiente regulación permite un tiempo mayor para el análisis y posibilita que las decisiones políticas y sus aplicaciones estén mejor informadas. Este caminar más lento del Derecho no tiene que confundirse con una suspensión de decisiones esperando que los asuntos en cuestión maduren. Para poder acomodar estas tendencias opuestas, cualquier regulación debería retener tanto la flexibilidad como la capacidad de respuesta, o incluso la anticipación de los riesgos o actividades futuras que se encuentran en evolución constante.

Para tomar en consideración esta cualidad cambiante de la materia que va a ser regulada y mantener la regulación en conexión con una realidad dinámica, los reguladores pueden recurrir a algunos procedimientos alternativos que permitan que la regulación evolucione con la tecnología y también a considerar las limitaciones de planteamiento de normas imperativas o vinculantes, los sistemas jurídicos se orientan hacia la adopción de instrumentos prospectivos y de equilibrio, capaces de adaptarse a un panorama cambiante que es difícil de manejar por medio del Derecho estatutario<sup>285</sup>.

En relación con los procesos dinámicos generados por las innovaciones tecnológicas, las decisiones tradicionales de los parlamentos se han mostrado costosas, excesivamente lentas y en definitiva inapropiadas desde el punto de vista de la técnica social.

Cada vez se requiere más y más regulación, que ésta sea eficaz como reglamento homeostático y capaz de dar respuestas inmediatas a las continuas demandas que surgen de la sociedad. En términos generales, los juristas académicos conocen bien este problema desde hace tiempo, pero en las últimas

---

<sup>285</sup> Cf. PALMERINI, E., «The interplay between law and technology...», cit. pp. 16-17.

décadas se ha convertido no sólo en más urgente, sino también en expresión de un verdadero cambio de paradigma, la innovación de los mecanismos de regulación.

Si intentamos esbozar cómo funcionan estos mecanismos, nos encontramos tanto con medios tradicionales como nuevos que se interrelacionan mutuamente. El primer paso consiste en hacer más “elásticas” las propias leyes parlamentarias, organizadas alrededor de principios, disposiciones generales, normas de expiración (*sunset rules*, normas destinadas a declinar y a ser sustituidas en un momento de vencimiento predeterminado).

El segundo paso se dirige hacia la legitimación progresiva y la inclusión en el sistema jurídico en general de los nuevos medios como normas blandas (*soft laws*), últimas generaciones de códigos de conducta y ordenamientos privados, que tienen la doble ventaja de permitir el surgimiento de una regulación experimental y flexible, y de permitir la participación de los sujetos interesados en su producción. Y el tercer paso otorga poder regulatorio a la propia tecnología<sup>286</sup>.

La alternativa de normas indicativas (no vinculantes) parece el planteamiento de regulación más adecuado ya que poseen procedimientos más flexibles que son compatibles con el proceso de ajuste interno por medio de la delegación técnica a cuerpos independientes que son capaces de registrar variaciones, evaluar la necesidad de modificaciones y su aplicación.

Las estrategias indicativas no solo se consideran esenciales para que el Derecho cumpla con el dinamismo inherente en la actividad regulada y afronte las dudas que se planteen; sino que también parecen los instrumentos preferidos para llenar de forma rápida los vacíos reguladores que generan las nuevas innovaciones, al tiempo que salvaguardan los derechos fundamentales de la persona.

Además, estas estrategias tienen una mayor probabilidad de ser coherentes con diversas culturas y puntos de vista morales. Las características deseables de la regulación en áreas sensibles y polémicas, son realmente la concisión y la economía; en particular, la legislación debería expresarse en términos muy

---

<sup>286</sup> Cf. RODOTÀ, S., «Derecho, ciencia, tecnología: modelos y decisiones de regulación», en *Derecho PUCP* 57 (2014), p. 110.

genéricos y limitarse a elementos esenciales que expongan los derechos y obligaciones básicas.

Un marco vinculante liviano tendría la ventaja de no imponerse a comunidades plurales, dejando esta imposición a procedimientos y normas establecidas a un nivel inferior para garantizar que no se vean comprometidos una serie de principios fundamentales estatutarios<sup>287</sup>.

Sin embargo, el respaldo de este rango amplio de medidas flexibles, para menos mecanismos formales o imperativos, y para instrumentos que no vinculen legalmente no cumple fácilmente con la necesidad que se percibe de un marco general de referencia, sobre el que se tendrían que basar las innovaciones tecnológicas y que proporcionara certeza a todos los actores implicados.

Esta nueva faceta de las normas estatutarias provoca un aumento de los poderes de todas las instituciones encargadas de ponerlas en práctica, tanto el sistema judicial como la administración o las agencias independientes, planteando problemas nuevos de equilibrio institucional. Las normas de expiración suelen ser ambiguas y se pueden clasificar en dos subcategorías.

La técnica que funciona bastante bien, es cuando se indica un plazo y después de su expiración las normas no producen ningún efecto, pero en la mayoría de las ocasiones, la cláusula de revisión no es preceptiva, de forma que las normas siguen en vigor hasta que sean cambiadas.

En cualquier caso merece la pena enfatizar el hecho de que el procedimiento de revisión es largo debido también a un discurso bidireccional, por medio de las comparecencias parlamentarias, y conocimientos científicos y sociales, de forma que se puede alcanzar una conclusión que esté próxima a la realidad de la tecnología.

Este cambio que introducen las normas de expiración surge del hecho de que las normas estatutarias ya no se conciben como el producto final y sólido del trabajo legislativo, sino que entra en una dimensión experimental que hace que la norma dura (*hard law*) se acerque y comparta características con la norma blanda.

Esta aproximación se confirma por las características que asume la última generación de códigos de conducta. Estos no se pueden describir, de acuerdo con

---

<sup>287</sup> Cf. PALMERINI, E., «The interplay between law and technology...», cit. p. 18.

el modelo tradicional, solo como normas producidas directamente por grupos interesados, independientemente de cualquier relación real con otras partes del sistema jurídico.

Cada vez más encontramos códigos de conducta, tanto a nivel nacional como internacional, que están certificados por organismos públicos, de manera que se puede hablar de una clase de descentralización normativa que juega un papel importante en la definición progresiva de la regulación de la tecnología.

Sin embargo, cuando se observa la certificación de los códigos se descubre una tendencia cada vez más evidente de que esos códigos son el resultado de una cooperación formal de diferentes actores. Es por tanto un proceso bidireccional, muy alejado del modelo de un texto enviado por una parte y evaluado por otra sin existencia de diálogo y entendimiento mutuo<sup>288</sup>.

Esta perspectiva del ordenamiento privado se ha descrito con frecuencia como una reencarnación de las normas medievales de los comerciantes. Durante la Edad Media, los comerciantes itinerantes que viajaban a través de Europa para negociar en ferias, mercados y puertos de mar, necesitaban normas básicas comunes para crear confianza y seguridad para un comercio internacional sólido.

Las diferencias entre las normas locales, feudales, y eclesiásticas proporcionaban un grado importante de incertidumbre y dificultad para los comerciantes. Las costumbres y las prácticas evolucionaron en un cuerpo de leyes distintivo conocido como *Lex Mercatoria*, que era independiente de las normas locales soberanas y que, siendo más o menos autónoma, aseguraba a los socios comerciales una justicia básica en sus relaciones<sup>289</sup>.

De forma análoga, en nuestra era de las redes y de las nuevas tecnologías de la comunicación, los participantes que viajan sobre las infraestructuras de la información se encuentran también frente a un medio incierto de múltiples leyes de gobierno, normas nacionales cambiantes, y regulaciones conflictivas. Para la

---

<sup>288</sup> Cf. RODOTÀ, S., *Technology and regulation: a two-way discourse*, en *Law and Technology. The Challenge of Regulating Technological Development*, PALMERINI, E. & STRADELLA, E. (Eds.), Pisa 2013, pp. 29-31.

<sup>289</sup> Cf. MAZZACANO, P., «The Lex Mercatoria as Autonomous Law», en *Comparative Research in Law & Political Economy* 4 (2008), p.3.

infraestructura de la información, las normas básicas predeterminadas son tan necesarias para los participantes en la sociedad de la información como la *Lex Mercatoria* lo fue para los comerciantes de hace cientos de años<sup>290</sup>.

Sin embargo, la observación de la realidad ofrece otra imagen sobre todo a nivel global, las regulaciones son el producto directo de las corporaciones trasnacionales. Durante muchos años, el mundo empresarial ha producido su propio derecho consuetudinario, comprometido con grandes firmas de abogados, tratando de esta forma las normas como una mercancía a comprar en el mercado. De hecho, la sociedad se enfrenta a un discurso unidireccional, con tendencia centralizadora, falta de transparencia y de control social, y en consecuencia con importantes problemas para la democracia<sup>291</sup>.

De todas formas, parece claro que la alianza entre las normas duras y las normas blandas se puede usar para obtener la combinación de las ventajas de ambos instrumentos. Es decir, que estos instrumentos están conectados para proporcionar apertura, flexibilidad, sencillez, y costes bajos de negociación (capacidades beneficiosas del Derecho blando), pero también para conseguir fuerza vinculante, previsibilidad, estabilidad, procedimiento reglamentario, rendición de cuentas, y transparencia (capacidades beneficiosas del Derecho duro).

De acuerdo con estudios empíricos, si se cumplen ciertas condiciones, la hibridación de los instrumentos reguladores puede ser más ventajoso que el uso único de un tipo particular de regulación “pura”. Y este parece ser el caso cuando los reguladores tienen que hacer frente a problemas “perversos” de gobernabilidad<sup>292</sup>.

---

<sup>290</sup> Cf. REIDENBERG, J. R., «Lex Informatica, The Formulation of Information Policy Rules Through Technology», en *Texas Law Review* 76 (1998), pp. 553-554.

<sup>291</sup> Cf. RODOTÀ, S., «Technology and regulation: a two-way discourse...», cit. p. 31.

<sup>292</sup> Cf. DORBECK-JUNG, B., «How Can Hybrid Nanomedical Products Regulation Cope with Wicked Governability Problems?», en *Dimensions of technology regulation*, GOODWIN, M., KOOPS, B. J. & LEENES, L. (Eds.) (2010), pp. 63-65..

### 5.5. EL PRINCIPIO DEL RAZONAMIENTO DE PRECAUCIÓN RACIONAL EN LA REGULACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Toda innovación tecnológica transforma el mundo a su alrededor, la novedad, la preocupación frente a lo desconocido, el hermanamiento entre beneficios y los peligros anunciados son un tema recurrente de reorganización que se evidencia a través del proceso de transformación jurídica y política. Como guía de reestructuración, la innovación en las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, casi siempre viene envuelto con una capacidad declarada para cumplir sueños y de forma simultánea desafiar a las instituciones y las costumbres existentes.

Los gobiernos intentan adivinar como esas innovaciones en las tecnologías afectan a la permeabilidad de las fronteras, a la capacidad de las instituciones antiguas, y como se alteran los horizontes culturales, y entonces exploran formas para gestionar lo que piensan que serán las consecuencias<sup>293</sup>.

En general, las nuevas Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones nos preocupan porque pueden aplicarse de forma que sean perjudiciales para los intereses morales (confidencialidad, privacidad, etc). Aquellos que albergan estas preocupaciones demandan que los reguladores tomen acciones protectoras.

Sin embargo, en muchos casos, el contexto en el que se realizan estas demandas es discutido en profundidad y está sujeto a incertidumbre, de forma que a veces existen dudas sobre qué tipo de impactos puede tener una determinada tecnología, sobre si esos impactos se concretarán, o incluso si esos impactos van a implicar algún tipo de daño moral.

Nos encontramos con un desafío regulador, en el sentido de establecer un marco regulador para el uso y el desarrollo de estas nuevas tecnologías. Los juicios sobre la idoneidad de tal marco y del éxito o fracaso de poner en marcha

---

<sup>293</sup> Cf. PRICE, M., «The Newness of New Technology», en *Cardozo Law Review* 22 (2001), pp. 1885-1886.

este desafío regulador, se centran en tres cuestiones: que esa regulación sea eficaz, que sea legítima y que su diseño sea óptimo<sup>294</sup>.

En estas circunstancias, nos podríamos preguntar cómo deberían responder los reguladores a estas propuestas de actuación. Se podría sugerir de forma razonable que los reguladores deberían esforzarse por mantener un planteamiento responsable y racional. Sin embargo, con frecuencia los planteamientos prudentes se acusan de irracionales porque se centran en una visión estrecha de la necesidad de evitar una serie de consecuencias adversas a expensas de considerar que esas consecuencias se produzcan (así como de ignorar las consecuencias adversas de hacer una intervención prudente).

En un contexto de extrema incertidumbre, es tanto responsable como racional que los reguladores empleen una forma de razonamiento de precaución que Beyleveld y Brownsword han denominado el “Principio del Razonamiento de Precaución Razonable” (PRPR).

De cualquier modo que se aplique este principio, siempre implica una metodología de precaución. Si los reguladores aplican el PRPR para introducir una prohibición o una moratoria de algún aspecto de una tecnología, podríamos describirlo como una intervención precavida o preventiva para evitar un perjuicio.

Y si los reguladores aplican el principio para no prohibir o restringir algún aspecto de una tecnología, también podríamos describirlo como una respuesta precavida o protectora para preservar los beneficios o derechos establecidos. Es decir, cuando se emplea la metodología de la precaución se tiene la sensación de que el resultado de la regulación (sea a favor o en contra de la intervención) es precavido<sup>295</sup>.

En estas situaciones de incertidumbre, cuando los agentes reguladores creen que existe alguna posibilidad de que determinada tecnología cause un efecto

---

<sup>294</sup> Cf. BROWNSWORD, R., «What the World Needs Now: Techno-Regulation...», cit. p. 204.

<sup>295</sup> Cf. BEYLEVELD, D. & BROWNSWORD, R., «Emerging Technologies, Extreme Uncertainty, and the Principle of Rational Precautionary Reasoning», en *Law, Innovation and Technology* 4 (2012), pp. 36-37.

determinado, esto solo significa que creen que ese efecto tiene alguna probabilidad de producirse. La actitud de los reguladores frente a esta posibilidad depende de cómo consideren ese efecto.

En principio, los reguladores pueden “esperar” que se produzca un efecto (donde su inclinación conativa hacia el efecto es positiva); pueden “temer” que se produzca el efecto (donde su inclinación conativa hacia el efecto es negativa); o pueden ser “indiferentes” hacia la producción del efecto (donde su inclinación conativa hacia el efecto no es positiva ni negativa). Sin embargo, no existe acuerdo sobre la clase de posibilidad que motiva el estado de incertidumbre en el que es apropiado esperar o temer que algo se produzca<sup>296</sup>.

Cuando una nueva tecnología suscita preocupación sobre sus posibles efectos perjudiciales, los reguladores tienen que realizar una evaluación experta de riesgos que busque establecer si alguno de los presuntos perjuicios, si los hay, pueden ser relevantes, y con qué probabilidad se pueden producir.

Basándose en la evaluación experta para equilibrar los beneficios frente a los riesgos que puede producir dicha tecnología, los reguladores se esforzarán por establecer un entorno regulador en el que se tolere el riesgo solo si es aceptable.

Por supuesto, que la noción de “riesgo aceptable” es sumamente discutible: algunos agentes regulados podrían estar en desacuerdo con la determinación de los reguladores de lo que constituye un riesgo aceptable. En la práctica, suele ser difícil para los reguladores liberarse de sus responsabilidades prudenciales porque la evaluación del riesgo viene agravada por la incertidumbre<sup>297</sup>.

Algunas veces los reguladores responden de forma rutinaria a las situaciones de incertidumbre con la procrastinación. Esta procrastinación reguladora ha sido útil en el desarrollo de las tecnologías de la información, pero en general no cumple con lo que sería una respuesta racional.

En algunas ocasiones de incertidumbre extrema, no es suficiente con llevar a cabo un balance de beneficios y riesgos porque es inútil buscar un nivel aceptable de riesgos. En estas condiciones, los reguladores se encuentran en el

---

<sup>296</sup> Ivi, pp. 38-40.

<sup>297</sup> Cf. LEE, M., «Beyond Safety? The Broadening Scope of Risk Regulation», en *Current Legal Problems* 62 (2009), p. 242.



ámbito del “puro” esperar y temer, aquí se plantea la cuestión de si puede ser racional para los reguladores responder a sus temores aplicando medidas de precaución.

En estos contextos de incertidumbre extrema, los reguladores tienen solo dos opciones: acertar o equivocarse. Donde los reguladores temen que un aspecto de la tecnología produzca un determinado efecto, una opción es realizar una intervención diseñada para evitar ese efecto (por ejemplo, mediante una restricción de la tecnología); y la otra opción es no hacer ninguna intervención con la esperanza de que ese efecto no se produzca. Los reguladores, por así decirlo, tienen que hacer sus apuestas: intervenir o no intervenir.

Si los reguladores toman la primera opción (intervenir), podrían acertar o equivocarse en el sentido siguiente: habrían acertado si la intervención hubiera evitado el efecto, que de lo contrario se hubiera producido; y se habrían equivocado si no se hubiera producido el efecto, de manera que la intervención y la restricción hubieran sido innecesarias. Por supuesto que si el aspecto concreto de la tecnología no tiene ningún valor positivo, su restricción no sería negativa, y en este caso tan fácil los reguladores pueden depender del refrán de “que es mejor prevenir que curar”.

Si los reguladores toman la segunda opción (no intervenir), podrían de nuevo acertar o equivocarse, de la siguiente forma: habrían acertado si el aspecto concreto de la tecnología no produce el efecto temido, y el beneficio de la tecnología (asumiendo que tiene un valor positivo) puede continuar siendo disfrutado; y se habrían equivocado si en ausencia de la intervención preventiva se produce el efecto indeseado<sup>298</sup>.

En relación con la regulación jurídica de las tecnologías, el PRPR es un principio metodológico, que establece reglas que las políticas sustantivas de gestión de riesgos, las normas y los principios de actuación en contextos específicos deberían satisfacer si quieren ser razonables. Si bien las condiciones de gran incertidumbre pueden ser excepcionales, el razonamiento de precaución es una característica cotidiana de la toma de decisiones.

---

<sup>298</sup> Cf. BEYLEVELD, D. & BROWNSWORD, R., «Emerging Technologies, Extreme Uncertainty...», cit. pp. 42-45.

Si la precaución comienza cuando se agota el cálculo simple del riesgo/beneficio, y si este Principio del Razonamiento de Precaución Racional tiene que gobernar todas las facetas del razonamiento cauteloso en relación con las nuevas tecnologías, entonces la cuestión central será si es mejor o peor (y en qué grado) equivocarse de una forma (implicando una restricción innecesaria de un aspecto de una tecnología que promete ser beneficioso) más que de otra (implicando un fracaso en evitar un efecto perjudicial resultante del desarrollo y uso de esa tecnología).

Esta clase de cuestiones también son centrales en el razonamiento de precaución que encontramos en otros ámbitos del Derecho, como por ejemplo, en el establecimiento de las reglas para el proceso penal previo al juicio, para la revisión de presuntas condenas erróneas, para las decisiones sobre la liberación de presos de vuelta a la sociedad, etc.

En todos estos casos de Derecho penal, el dilema es si es peor equivocarse al restringir la libertad de los inocentes o al no restringir la libertad de los culpables, siempre se necesita un criterio para juzgar lo que es mejor o peor. Cuando el marco de la regulación de las tecnologías es el de la precaución, el criterio debe ser el interés y las preferencias de los usuarios de los que los reguladores son intermediarios<sup>299</sup>.

## 5.6. EL ENTORNO REGULADOR

Si el Derecho y la tecnología tienen que trabajar juntos para mejorar las condiciones básicas de la existencia social humana, esto presupone un entorno regulador que apoye el desarrollo, la aplicación y la explotación de las innovaciones tecnológicas que contribuirán a ese propósito general, un entorno regulador orientado correctamente a la gestión de los riesgos y al reparto de los beneficios.

En relación con tal entorno regulador, los reguladores están sujetos a que se les pidan responsabilidades si se juzga que los propósitos o los objetivos que persiguen (o la forma o los medios por los que persiguen esos objetivos) no son

---

<sup>299</sup> Ivi, pp. 63-64.

legítimos; o si sus intervenciones no son efectivas o no se adecuan a los objetivos; o si la regulación necesita remodelarse porque ha quedado obsoleta.

En ámbitos de gobernanza local, también existe la expectativa más cosmopolita de que los reguladores respeten los valores fundamentales (tales como el respeto a los derechos humanos y a la dignidad humana), al tiempo que dejen espacio suficiente para las legítimas diferencias locales.

Algunas veces, los reguladores se podrían considerar responsables pura y simplemente en referencia a las reglas particulares de la normativa concreta; pero también se podría alegar que los reguladores estuviesen vinculados por valores universales, independientemente de que tales valores sean aceptados o reconocidos por las convenciones o las prácticas de la normativa local. En resumen, se necesita un pensamiento innovador cuando los reguladores traten de crear y sostener un entorno que sea legítimo y efectivo, que mantenga la conexión con la tecnología y sus aplicaciones, y que cumpla las expectativas cosmopolitas<sup>300</sup>.

### 5.6.1. Características del entorno regulador

La relación entre tecnología y regulación debe basarse en una serie de principios generales, una cuestión importante afecta a cómo se definen esos principios, quién los define y a través de que procedimientos se realizan. En este ámbito, tenemos que enfrentarnos con un problema de legitimidad en relación con que fuentes se pueden o se tienen que tener en cuenta para construir el marco regulador de la innovación tecnológica. También surgen estos problemas en relación con quienes son los actores legitimados para intervenir como productores o intérpretes de las normas, bien como individuos o como instituciones, y conseguir construir normas eficaces<sup>301</sup>.

Un problema más general afecta a cuál es el tipo de regulación que se necesita, cuando se dice que las innovaciones tecnológicas se sitúan en un entorno regulador determinado, la idea que subyace es que cuando actuamos bien como

---

<sup>300</sup> Cf. BROWNSWORD, R. & SOMSEN, H., «Law, Innovation and Technology: Before We Fast Forward – A Forum for Debate», en *Law, Innovation and Technology* 1 (2009), p. 3.

<sup>301</sup> Cf. RODOTÀ, S., «Technology and regulation: a two-way discourse...», cit. p. 29.

desarrolladores y explotadores comerciales o bien como operadores y usuarios de una tecnología en particular lo hacemos en un contexto que tiene un cierto código de actuación, un código que nos indica si una serie de actos se permiten (o incluso se requieren) o se prohíben, si se verán de forma positiva, negativa o neutra, si son incentivados o desincentivados, si es probable que sean elogiados o criticados, incluso si son posibles o imposibles, y así sucesivamente<sup>302</sup>.

Algunos entornos se regulan desde arriba hacia abajo (donde se distinguen claramente los reguladores de los regulados) mientras que otros son regulados desde abajo hacia arriba (en el sentido de que son autorregulados), al mismo tiempo algunos son razonablemente estables y otros son inestables. Por ejemplo, el entorno regulador multinivel que representa la Unión Europea combina la mayoría de estas diferentes características.

El entorno regulador no es producto de un diseño no intencional, al contrario, un entorno que se ha codificado para actuar solo será un entorno regulador si los reguladores han puesto en marcha de forma consciente una serie de señales codificadoras que tengan por objeto dirigir o canalizar el comportamiento en una determinada forma, en este sentido, el entorno regulador se produce de forma intencionada.

La estrategia de los reguladores para moldear la conducta de los regulados tiene que estar comprometida con la razón práctica de los regulados y en este entorno, los regulados sentirán la normativa reguladora como un factor social que de diversas formas restringe o respalda lo que de otra manera desearían hacer.

¿Quiénes son los responsables de construir este entorno regulador? La regulación se ha convertido en un concepto complejo, y para algunos los reguladores, en sentido estricto, serían los agentes o los organismos gubernamentales autorizados para controlar y dirigir las conductas en un determinado sentido. Sin embargo, el concepto de regulación es bastante amplio

---

<sup>302</sup> Cf. BROWNSWORD, R., «Why I wrote ... rights, regulation, and the technological revolution», en *Clinical Ethics* 6 (2011), pp. 207-208.

ya que engloba cualquier tipo de medidas que tomen los reguladores para controlar y dirigir en la forma deseada<sup>303</sup>.

En la práctica, la codificación que constituye el entorno regulador puede venir de varias fuentes, gubernamentales y no gubernamentales, públicas y privadas, oficial y no oficial, y más o menos formal. De esta forma, tenemos una variedad de reguladores que intentan establecer sus propios entornos reguladores para sus objetos de regulación. Algunas veces, un entorno regulador determinado se encontrará en segundo plano, otras veces en primer plano, y otras veces los reguladores competirán entre ellos, en cuyo caso los regulados se enfrentarán a entornos reguladores superpuestos y en conflicto.

En cualquier caso, se espera de los poderes públicos que garanticen los derechos de los ciudadanos, ya que los estados democráticos tienen la obligación de asegurar la seguridad, el orden y el estado de Derecho. Y para satisfacer esta obligación del estado con sus ciudadanos, las democracias conceden al estado autoridad de ejecución.

Tradicionalmente, esta autoridad incluye tres poderes principales: poder de reparar las infracciones a los miembros de la sociedad mediante indemnizaciones de daños monetarios, el poder para autorizar medidas cautelares, y el poder para encarcelar. El fracaso de un estado democrático en la utilización de estos poderes para hacer cumplir las políticas y las decisiones adoptadas por la democracia, sería, en efecto, una abdicación de las responsabilidades del estado<sup>304</sup>.

En relación con los objetos de la regulación, se consideran regulados aquellos que se auto identifican como agentes que operan en un entorno regulado, estos serán los regulados, desde el punto de vista de los reguladores, se podría decir que los regulados son aquellos cuyas actuaciones se intentan conducir.

Es posible que algunos de estos pretendidos regulados no se identifiquen ellos mismos como objeto de la regulación, bien porque no son conscientes de las

---

<sup>303</sup> Cf. BROWNSWORD, R., «Code, control, and choice: Why East is East and West is West», en *Legal Studies* 25 (2005), p. 4.

<sup>304</sup> Cf. REIDENBERG, J. R., «States and Internet Enforcement», en *U. Ottawa L. & Tech. J.* 1 (2004), p. 216.

señales que los reguladores han iniciado o porque no aprecian que el entorno en el que se encuentran realmente está regulado.

Por tanto, diferentes clases de reguladores pueden contribuir de diferente forma al entorno regulador, los individuos producen normas privadas descentralizadas, las instituciones producen normas privadas centralizadas, y los estados producen normas y leyes públicas centralizadas. Esto da lugar a una jerarquía escalonada en la que los individuos se subordinan a las organizaciones, y las organizaciones se subordinan a los estados.

Cuando se habla de Derecho y regulación, se está refiriendo a una serie de aportaciones normativas que establecen el entorno regulador. La regulación significa el intento orientado a alterar el comportamiento de otros de acuerdo a estándares u objetivos con la intención de producir un resultado ampliamente identificado, y que puede involucrar mecanismos de fijación de normas, recopilación de información y de modificación de conductas.

De forma simple podríamos decir que la regulación se refiere a cualquier instrumento (jurídico o no jurídico) que está diseñado para conducir el comportamiento. Evidentemente, la contribución más formal al entorno regulador la aporta el Derecho, donde se incluyen una serie de instrumentos, tratados, constituciones, códigos, legislación, etc, y también, en los casos pertinentes los precedentes establecidos por los tribunales<sup>305</sup>.

### 5.6.2. Aspectos del entorno regulador

Si asumimos que la regulación encubre cualquier estrategia que emplea una institución jurídica para controlar o “encauzar” el comportamiento humano en un campo determinado; y también concedemos que esta regulación puede ser una característica de cualquier organismo o asociación más simple, ya se está anticipando que existe más de una forma de regular y por tanto diferentes formas de encauzar ese comportamiento. La regulación de las tecnologías tiene, al menos, tres aspectos a considerar: la fase, el objetivo y la modalidad.

---

<sup>305</sup> Cf. BROWNSWORD, R. & SOMSEN, H., «Law, Innovation and Technology: Before...», cit. pp. 7-8.

La fase reguladora. La regulación puede ser en una “primera fase”, en una “segunda fase”, o incluso en una “tercera fase” y así sucesivamente:

- El propósito de la regulación en una primera fase es controlar, confinar y encauzar *ex ante* el aspecto particular de la práctica que constituye su objetivo. Cuando esta primera fase de la regulación ha tenido éxito, la práctica opera, por lo general, de acuerdo con las normas establecidas por el mandato regulador. En contraste, donde la regulación se encuentra en una segunda fase, ya no se intenta establecer control, confinar o encauzar algunos puntos determinados; aquí, los reguladores han abandonado esta intervención *ex ante* de la primera fase.
- En cambio, la regulación en la segunda fase opera *ex post*, procurando compensar, o ajustar en respuesta a las consecuencias de una práctica que no se controló en la primera fase de la regulación.
- Si la regulación en la segunda fase no es factible, los reguladores pueden incluso retrasar la intervención hasta una tercera fase, buscando encauzar el comportamiento en un contexto (la tercera fase) donde las consecuencias de la segunda fase (que a su vez son las consecuencias de la desregulación de la primera fase) inviten a una respuesta reguladora<sup>306</sup>.

El objetivo de la regulación. La idea del objetivo de la regulación se refiere a la forma en la que el regulador busca interaccionar con sus dianas reguladas. Esencialmente existen tres objetivos disponibles: moral, práctico, y conductual:

- Moral. Los reguladores buscan interaccionar con las razones morales de sus regulados. Este objetivo moral puede a su vez ser “sustantivo o procedimental”. Si el objetivo es sustantivo, a su vez puede ser “específico” (reclamando que la posición reguladora específica es legítima, en consonancia con ciertos principios morales) o “general” (en el sentido de que anticipa razones morales que reivindican lealtad a un conjunto de normas que incluyen la posición reguladora específica en cuestión, pero que se extiende mucho más allá). El énfasis del objetivo sustantivo puede recaer sobre los méritos morales de la posición reguladora en sí misma, o en los

---

<sup>306</sup> Cf. BROWNSWORD, R., «Red Lights and Rogues: Regulating Human Genetics», en *The Regulatory Challenge of Biotechnology*, SOMSEN, H. (Ed.), Cheltenham 2007, pp. 40-42.

méritos morales de respeto por esa posición. Si el objetivo es procedimental, se favorece más un objetivo moral que apela a la justicia o razonabilidad del proceso que ha generado el resultado. En cualquier caso, si el objetivo moral interacciona con éxito con los regulados, se acepta entonces que o bien la posición reguladora es legítima moralmente, o que merece respeto, o que su cumplimiento es moralmente obligado.

- Práctico. Los reguladores buscan interaccionar con las razones prácticas de los regulados (aunque no específicamente con los aspectos morales de las razones prácticas). Los reguladores se basan en una reclamación mucho más difusa de que existe una “buena razón” para el cumplimiento; y la canalización tendrá los efectos deseados si los regulados comparten el sentido de buena razón. No existe ninguna razón particular privilegiada dentro de las razones prácticas, aunque en la práctica, el objetivo práctico apelará, a menudo, al propio interés de los regulados, especialmente al interés económico.

- Conductual. No se intenta interaccionar con los regulados ni con razones morales en particular ni con razones prácticas en general. Todo lo que importa es que la estrategia de encauzamiento empleada interaccione con los regulados de tal forma que alcance los patrones de conducta deseados. No es necesario que los regulados tengan razones para hacer lo que quieren los reguladores, solo es necesario que lo hagan. Tampoco es necesario que los reguladores que emplean este objetivo conductual den ninguna razón. Si la estrategia de encauzamiento funciona, se logrará el patrón de conducta deseado<sup>307</sup>.

La modalidad reguladora. Las modalidades reguladoras jurídica y social tienden a adoptar un objetivo moral y también práctico; la modalidad del mercado o financiera tiene un objetivo directamente práctico, y la modalidad técnica normalmente tiene un objetivo conductual. Las diferentes modalidades de regulación no operan en el mismo plano, y estas diferencias son aparentes cuando se observan en su aspecto de su objetivo regulador<sup>308</sup>.

---

<sup>307</sup> Cf. BROWNSWORD, R., «Code, control, and choice: Why East...», cit. pp. 9-10.

<sup>308</sup> Cf. BROWNSWORD, R., «Red Lights and Rogues: Regulating...», cit. p. 43.



### 5.6.3. Respuestas del entorno regulador

Aunque cada innovación tecnológica puede tener impactos muy diferentes tanto en la sociedad como en el Derecho, existen una serie de observaciones útiles que se pueden realizar a un nivel más general. El estado actual de la tecnología limita en la práctica las actuaciones que se pueden realizar, que objetos se pueden crear, y que interrelaciones se pueden formar.

Por tanto es normal que la innovación tecnológica impacte al Derecho, y este impacto limita las acciones que se podrían tomar, que objetos se podrían crear y que interrelaciones se reconocerán. Antes de que algo sea posible, no hay necesidad de decidir cómo se aborda bajo las normas jurídicas existentes o si se debería permitir, prohibir, restringir o fomentar. Estas cuestiones surgen (con creciente urgencia) cuando se concibe, se desarrolla y se difunde en la sociedad una innovación tecnológica nueva<sup>309</sup>.

Aunque no todas las tecnologías generan disputas e investigaciones jurídicas, en general las innovaciones tecnológicas son a menudo el motivo de problemas jurídicos. Las cuatro razones por las que la evolución del Derecho debería ser una respuesta necesaria para la innovación tecnológica son<sup>310</sup>:

- Necesidad de nuevas normas. Puede existir la necesidad de regular ciertas formas nuevas de conducta utilizando nuevas normas jurídicas específicamente diseñadas para regular una tecnología concreta o aplicaciones concretas de esa tecnología. En algunos casos, puede ser incluso apropiado prohibir una determinada tecnología o una aplicación particular de esa tecnología. La prohibición o la regulación puede ser necesaria para asegurar la seguridad o proteger otros intereses y valores, las nuevas normas también proporcionan bienestar estableciendo límites que aseguren a las personas que la tecnología está controlada. De forma alternativa, pueden existir propuestas que exijan o alienten una actividad nueva.

---

<sup>309</sup> Cf. MOSES, L. B., «Why Have a Theory of Law Technological Change?», en *Minn. J. L. Sci. & Tech.* 8 (2007), p. 594.

<sup>310</sup> Cf. MOSES, L. B., «The Legal Landscape Following Technological Change: Paths to Adaptation», en *Bulletin of Science, Technology & Society* 27 (2007), p. 411.

- Incertidumbre. El Derecho puede presentar incertidumbre cuando se aplica a formas nuevas de conducta. Es decir, puede no estar claro si tales conductas están controladas, prohibidas, o autorizadas. Las normas preexistentes pueden necesitar aclararse.

- Ámbito de las normas. Las normas existentes no se formularon teniendo en cuenta las nuevas tecnologías. Por tanto, algunas normas en su formato actual incluyen o excluyen de forma inapropiada las nuevas formas de conducta.

- Justificación de las normas (obsolescencia). Algunas normas existentes se basan implícita o explícitamente en premisas que ya no existen, y por tanto ya no están justificadas.

Este esquema clasificatorio posee varias funciones útiles, el comprender las formas en las que las normas jurídicas fracasan en alcanzar sus objetivos frente a las innovaciones tecnológicas puede ayudar a mejorar las técnicas de redacción legislativa. La comprensión clara de cómo surgen los problemas jurídicos frente a las innovaciones tecnológicas puede ayudar a crear una agenda de reformas jurídicas en cada etapa del desarrollo tecnológico. En particular, ayuda con la reflexión previa sobre los problemas jurídicos que podrían surgir una vez que una tecnología nueva difunde a través de la sociedad<sup>311</sup>.

La función protectora de la regulación pública sirve para reducir riesgos e incertidumbre, para determinar la aceptabilidad de los riesgos y para crear confianza, al tiempo que facilita los desarrollos tecnológicos. La gestión de los riesgos, incluyendo la toma de decisiones sobre la tolerancia o aceptabilidad de los mismos, es la labor más importante de la regulación protectora. La facilitación del desarrollo tecnológico también incluye una contribución a la aceptación de los productos y resultados tecnológicos<sup>312</sup>.

Uno de los mayores beneficios de comprender el contexto en el que una innovación tecnológica genera problemas jurídicos, es precisamente el evitar

---

<sup>311</sup> Cf. MOSES, L. B., «Why Have a Theory of Law Technological Change?...», cit. p. 595.

<sup>312</sup> Cf. DORBECK-JUNG, B. R., «What can prudent public regulators learn from the United Kingdom government's nanotechnological regulatory activities?», en *NanoEthics* 1 (2007), p. 258.

exagerar los dilemas planteados por las nuevas tecnologías. En muchos contextos, cuando se discute algunos problemas sociales y jurídicos se evidencia como se pone un énfasis excesivo sobre la perspectiva tecnológica<sup>313</sup>.

A pesar de afirmaciones ocasionales de que las nuevas tecnologías lo cambian todo, los problemas jurídicos derivados de una innovación tecnológica suelen ser relativamente raros y bastante específicos. La mayoría de las veces, una norma que antecede a una innovación tecnológica se aplicará en las nuevas circunstancias sin ninguna confusión.

Las sugerencias de que el Derecho no es capaz de continuar en la carrera frente a la tecnología, o que el Derecho no se aplica a las nuevas tecnologías como Internet, suelen exagerar la dimensión del problema. Si se comprenden las circunstancias en las que la innovación tecnológica crea realmente problemas, entonces resalta el hecho de que muchos problemas jurídicos son independientes de la tecnología.

Y también confirman que, incluso cuando los problemas asociados con las nuevas tecnologías parezcan nuevos, ya habían surgido previamente problemas del mismo tipo en relación con tecnologías que ya no se perciben como nuevas. Esto nos indica la importancia de observar los debates sobre tecnología y Derecho en el pasado, para ayudarnos a rechazar este tipo de debates en el presente<sup>314</sup>.

Si la relación entre el Derecho y la tecnología no es más una serie de discusiones sobre problemas jurídicos cuya única conexión fuera el hecho de que

---

<sup>313</sup> Vid. TURKLE, S., «Spinningn Technology: What We Are Not Thinking about When We Are Thinking about Computers», en *Technological Visions: The Hopes and Fears that Shape New*, STURKEN, M., THOMAS, D. & BALL-ROKEACH, S. J. (Eds.), Philadelphia 2004, p. 20. Surgen problemas al evaluar el impacto de la tecnología en la sociedad, por ejemplo, es más convincente concluir que Internet causa de promedio más depresiones que decir que una conversación offline tiene el mismo efecto (aunque estadísticamente fuera cierto).

<sup>314</sup> Cf. STURKEN, M. & THOMAS, D. «Introduction: Technological Visions and the Rhetoric of the New» en *Technological Visions: The Hopes and Fears that Shape New Technologies*, STURKEN, M., THOMAS, D. & BALL-ROKEACH, S. J. (Eds.), Philadelphia 2004, pp. 5-6. Por ejemplo, muchas preocupaciones sobre el impacto de Internet sobre los usuarios son similares a las que recibieron el telégrafo, el teléfono y la televisión

implican una técnica o un artilugio nuevo, entonces la relación entre Derecho y tecnología no tendría más valor que el famoso “Derecho del caballo”<sup>315</sup>.

Sin embargo, si la relación Derecho y tecnología se considera como una serie de problemas a los que el Derecho se tiene que enfrentar en situaciones donde se producen innovaciones tecnológicas, entonces está justificado que se considere al Derecho y tecnología como un área de estudio. El reconocimiento de las similitudes entre problemas que surgen en diferentes contextos tecnológicos, crea la posibilidad de aprender de las consecuencias de las respuestas jurídicas a innovaciones tecnológicas anteriores<sup>316</sup>.

### 5.7. EL PROBLEMA DE LA REGULACIÓN DE LA TECNOLOGÍA

Normalmente, la referencia a la regulación de la tecnología se hace respecto a aquellas tecnologías que se encuentran en la vanguardia del desarrollo. Esta lista de tecnologías tiene que actualizarse constantemente, ya que lo que una vez se consideraba un campo nuevo puede dejar de percibirse como nuevo (con todo, esta tecnología puede de nuevo llegar a ser “nueva” si llega a constituirse como una plataforma para otra tecnología aún más nueva).

No existe una definición aceptada ampliamente sobre lo que se consideran “nuevas tecnologías”. En un sentido estricto, la expresión “nuevas tecnologías” se

---

<sup>315</sup> Vid. EASTERBROOK, F. H., «Cyberspace and the Law of the Horse», en *University of Chicago Legal Forum* 7 (1996), p. 207. En una conferencia sobre “Derecho del ciberespacio” el Juez Frank Easterbrook dijo, con gran revuelo de los asistentes, que no existía el Derecho del ciberespacio, igual que no existía el Derecho del caballo. Con esto se refería a una afirmación de Gerhard Casper, que cuando era decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago, no ofertaba una asignatura sobre el Derecho del caballo (que incluyera venta de caballos, personas golpeadas por caballos, licencias de carreras de caballos, cuidados veterinarios, etc) porque las asignaturas de “Derecho de/y...” se debían limitar a las áreas que podían iluminar todo el Derecho. Para Easterbrook, la mejor manera de conocer el Derecho aplicable a contextos especializados era estudiar las normas generales.

<sup>316</sup> Cf. LESSIG, L., «The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach», en *Harvard Law Review* 113 (1999), p. 502.

suele utilizar normalmente para hacer referencia a aquellas tecnologías que se encuentran sólo en el dominio de la comunicación y la información. En un sentido amplio, la expresión se utiliza como sinónimo de “actividades de alta tecnología”, abarcando tecnologías incluidas en los dominios de la biología, espacio, comunicaciones, computadores y actividades nucleares.

Esta definición se basa en la novedad de la tecnología que está en juego, y significa que lo que hoy es una “nueva tecnología”, en el futuro puede dejar de serlo, y que de manera más general todas las tecnologías se consideran “nuevas” cuando se introducen por primera vez en la sociedad. Por tanto, el significado de “nuevo” está sujeto a la evolución de la tecnología y tiene que adaptarse continuamente. Esta última definición de “nuevas tecnologías” es la que se encuentra de forma usual en los textos jurídicos<sup>317</sup>.

En general, los análisis sobre las industrias más antiguas, incluso aquellas que sufren una rápida innovación y son altamente tecnológicas, se marginan y raramente se discuten en el contexto de la regulación de las tecnologías. Los análisis sobre la regulación de la tecnología se centran sobre todo en como los reguladores deben enfrentarse con las áreas tecnológicas nuevas.

El propósito de la regulación de la tecnología es complejo, y depende mucho de cómo se define lo que es la tecnología. Una aproximación es visualizar una red que consta de una serie de actores (incluyendo a políticos e ingenieros) y objetos (como los artefactos tecnológicos), con cada nodo influyendo a los otros nodos.

Este enfoque surgió ante la necesidad de una teoría social nueva que se ajustara a los estudios sobre tecnología, y dio lugar a la que se ha denominado “Teoría de la Red de Actores” (Actor-Network-Theory), cuyo núcleo central sugiere que la sociedad, las organizaciones, los agentes y las máquinas son todos

---

<sup>317</sup> Cf. BOISSON DE CHAZOURNES, L., «New Technologies, the Precautionary Principle, and Public Participation», en *New Technologies and Human Rights*, MURPHY, T. (Ed.), Oxford 2009, p. 161.

efectos generados en redes con ciertos patrones formadas por materiales diversos (no solamente humanos)<sup>318</sup>.

Dentro de esta visión, la regulación de la tecnología simplemente son las fuerzas de influencia dentro de la red o, si la regulación se limita al gobierno, a la influencia de ciertos actores sobre la configuración global de la red. La dificultad de tal interpretación es que hace difícil distinguir cuestiones relacionadas con la “regulación de la tecnología” de una regulación en sentido más amplio. Después de todo, la mayor parte de la regulación aspira a influir sobre una combinación de personas, cosas y relaciones<sup>319</sup>.

Por tanto, la definición de “regulación de la tecnología” no es sencilla, siendo más difícil que la definición de sus componentes por separado (lo que ya es suficiente difícil). Sin embargo, en general, parecería afectar a la regulación (tanto en su definición estricta como amplia) en un espacio tecnológico, un espacio socio-tecnológico, o posiblemente un “nuevo” espacio tecnológico.

En última instancia, la regulación de la tecnología funciona en la práctica como la respuesta de los expertos jurídicos a la solicitud de los sociólogos y filósofos a pensar sobre cómo podemos nosotros influir en la forma que tomen los complejos socio-tecnológicos.

Entre los expertos jurídicos existe una fuerte sensación de que hay algo importante que decir sobre la intersección entre Derecho o regulación por un lado y tecnología por el otro. Una prueba de esto es el gran número de revistas de prestigio que publican artículos en la interfaz Derecho/tecnología. De hecho, muchos de los problemas jurídicos y de regulación surgen precisamente en esta frontera tecnológica<sup>320</sup>.

La celebración, en 2007, de una conferencia interdisciplinaria sobre “Regulación de las Tecnologías” (Regulating Technologies) que reunió a una gran mayoría de juristas expertos a nivel internacional en estos temas, supuso un acontecimiento importante que coincidió con la inauguración de un nuevo centro

---

<sup>318</sup> Cf. LATOUR, B., *Reassembling the Social. An Introduction to Actor-Network-Theory*, New York 2005, p. 10.

<sup>319</sup> Cf. BROWNSWORD, R., «Code, control, and choice: Why East...», cit. p. 12.

<sup>320</sup> Cf. MOSES, L. B., «How to Think about Law, Regulation and...», cit. pp. 1-3.

de investigación para el Estudio de la Tecnología, la Ética y el Derecho en la Sociedad (Technology, Ethics and Law in Society, TELOS) en la Facultad de Derecho del King's College de Londres.

Este foro ha tenido y tendrá a largo plazo un gran impacto sobre la percepción de cómo se pueden regular las tecnologías, simplemente por la razón de que ha sido una de las primeras organizaciones en abordar estos temas de forma genérica, y sondeó lo que era sustancialmente una página en blanco.

Cada vez más, el contenido del Derecho, como el contenido de la vida, se va a preocupar de la tecnología y de sus muchas consecuencias para la sociedad. La importancia de estos temas contrasta con lo poco que comparativamente se ha escrito y pensado sobre ellos.

En este foro se trataron aspectos relacionados con la cualidad de la tecnología para ser regulable, en particular con los regímenes reguladores que se pueden adoptar con las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones. Sobre qué clase de medios reguladores se ajustan al propósito de controlar y facilitar el desarrollo de estas tecnologías, todas las cuales se mueven demasiado rápido para permitir una regulación confortable.

Por ejemplo, las tecnologías del ciberespacio no se clasifican con claridad dentro de la jurisdicción de los sistemas jurídicos terrestres. Todas estas, son temáticas que relacionan el desafío de regular las nuevas tecnologías con cuestiones de diseño institucional y también con las oportunidades de utilización de las propias tecnologías como instrumentos reguladores<sup>321</sup>.

En relación con el desafío que supone la regulación de las nuevas tecnologías, se establecieron tres cuestiones básicas y amplias:

- La primera es si se podían extraer conclusiones genéricas a partir de la regulación de las nuevas tecnologías. Considerando que el reto crucial implica la reconciliación del ideal tradicional de la certidumbre reguladora con el desafío genérico fundamental de mantener la "conexión reguladora",

---

<sup>321</sup> Cf. BROWNSWORD, R. & YEUNG, K., *Regulating Technologies: Tools, Targets and Thematics, en Regulating Technologies. Legal Futures, Regulatory Frames and Technological Fixed*, BROWNSWORD, R. & YEUNG, K. (Eds.), Portland 2008, p. 5.

se concluye que no se puede encontrar una fórmula sencilla para una regulación legítima y efectiva.

- La segunda es si existe algo distintivo sobre el espacio regulador habitado por estas nuevas tecnologías. Se sugirió que los espacios reguladores son dinámicos, es decir, mientras que podría haber una colectividad inicialmente preocupada sobre una tecnología, con la aceptación creciente, el escenario de la objeción podría desplazarse desde materias sobre seguridad, precaución y legitimidad, a materias relacionadas con efectividad y cumplimiento. Por consiguiente, mientras que se debería intentar desarrollar respuestas automáticas (fiables y probadas) frente a los desafíos que conocemos que son genéricos, el simple trasplante de una respuesta reguladora de una tecnología a otra no siempre será adecuado.

- Y la tercera es la cuestión conflictiva de cómo establecer una política reguladora en comunidades plurales. Se sostuvo que es esencial que la comunidad debería intentar ponerse de acuerdo sobre los procedimientos mediante los que se busca resolver las discrepancias. Cuando se alcanzan estos acuerdos, cualquier conflicto que sea sujeto de estos procedimientos generará una resolución que será merecedora de respeto, incluso si las personas no están de acuerdo con el resultado final. Sin embargo, algunas veces, las divisiones étnicas son tan profundas que este acuerdo procedimental no es posible, un problema que puede agudizarse cuando se observa a la vista del temor de las personas a lo desconocido<sup>322</sup>.

En la sesión de clausura del foro sobre la “Regulación de las Tecnologías”, Michael Kirby identificó una serie de paradojas que ponen de manifiesto la dificultad de la regulación de las nuevas Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones:

- Hacer lo mejor sin expertos. No existen auténticos expertos en la regulación de las tecnologías, en ningún sitio. Es más fácil encontrar un experto sobre las implicaciones de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones sobre la propiedad intelectual, que encontrar a alguien cualificado para considerar que norma nueva se debería adoptar, si hubiera

---

<sup>322</sup> Ivi, pp. 5-6.



que hacerlo, para resolver un asunto determinado presentado por la tecnología y como se debería concebir. Es mucho más fácil encontrar un experto en impuesto sobre la renta, que encontrar académicos, jueces o incluso redactores legislativos que puedan reclamar que son expertos en la interfaz del Derecho y la tecnología.

- Demasiado o demasiado poco derecho. La mayoría reconoce que el fracaso en proporcionar unas normas para enfrentarse con el impacto de una determinada tecnología no es socialmente neutro. Es decir, no hacer nada, a menudo es que como tomar una decisión. El reconocimiento de que la inacción frente a tecnologías importantes equivale a tomar una decisión, coexiste con la apreciación de que una legislación prematura, demasiado amplia, o excesiva, puede convertirse en una opción peor que no hacer nada. Muchos expertos reconocen que esta legislación prematura o inadecuada tiene el potencial de lastrar la investigación y de causar ineficiencias económicas y de otro tipo.

- Déficit democrático de la tecnología. La tecnología contemporánea aumenta y al mismo tiempo disminuye la gobernanza democrática. Nadie cuestiona la importancia de la tecnología en nuestros tiempos y tampoco se duda de la conveniencia de proporcionar normas y regulaciones, que de una forma más general estén disponibles a los ciudadanos de los que se deriva, en última instancia la autoridad para gobernar la sociedad. No cabe duda que la tecnología ha mejorado la comunicación que es esencial para convertir los trámites de la democracia electoral en realidades de responsabilidad genuina de los gobernantes hacia los gobernados. Los medios de comunicación y las redes sociales han revolucionado la distribución de información sobre las personas y las instituciones que toman las decisiones que afectan a nuestra vida diaria. Pero paradójicamente, la misma enorme cantidad de información ha resultado en su manipulación y en su presentación en formas que son a menudo antiéticas para la democracia. La tecnología estimula una demanda por la simplificación y la visualización de los mensajes, la personificación de los asuntos, la trivialización de los conflictos, la confusión entre los hechos y la

opinión, y la centralización de la gestión de las noticias. La tecnología tiende a concentrar el poder.

- Cuestiones vitales pero ignoradas. Debido a que muchas de las tecnologías actuales son bastante elusivas hacia la regulación efectiva, cada vez áreas más grandes de actividad de la sociedad se encuentran más allá del alcance del Derecho tradicional. Cuando se intenta la regulación, a menudo se convierte rápidamente en ineficaz porque su objetivo ya se ha movido. En el pasado, normalmente, la elaboración de las leyes ha sido un proceso lento y meticuloso. Consultar a los gobiernos y a los primeramente afectados, y no digamos a los ciudadanos en general, lleva su tiempo. En ese tiempo, la tecnología puede haber cambiado<sup>323</sup>.

Teniendo en cuenta la existencia de estas paradojas y la dificultad intrínseca de la regulación de las tecnologías, se está empezando a poder explicar la coherencia y la unión entre diferentes ideas y se está comprendiendo mejor en un sentido amplio la relación entre la tecnología y la regulación. Algunas lecciones generales que se deben tener en cuenta cuando nos enfrentamos a la regulación de las tecnologías y que han destacado los expertos, son las siguientes:

- Reconocer un dilema básico. La regulación de la tecnología se enfrenta a un dilema fundamental, hasta ahora poco corriente en el Derecho. Este dilema consiste en que el propio carácter de la tecnología es normalmente global. Siendo el Derecho el mandato de una comunidad organizada, se encuentra tradicionalmente vinculado a una jurisdicción geográfica determinada. Normalmente el foco de la mayoría de los Derechos nacionales se encuentra en el territorio de la nación. En contraste, el foco de la regulación de la tecnología debe ser la tecnología en sí misma. Algunas veces, las características de la tecnología hacen muy difícil, y a veces imposible, la regulación efectiva por el Derecho nacional.

- Reconocer que la inacción es una decisión. En el pasado, los promotores de una innovación tecnológica solían favorecer la contención del Derecho y

---

<sup>323</sup> Cf. KIRBY, M., *The fundamental problema of regulating technology*, en *Professionalism in the Information and Communication Technology Industry*, WECKERT, J. & LUCAS, R. (Eds.), Camberra 2013, pp. 18-26.

una aproximación “libertaria” hacia los desarrollos de la tecnología. Pero, la mayoría de juristas admiten que existen límites. A menos que esos límites estén claramente establecidos y respaldados de forma efectiva, la ausencia de regulación significará que la sociedad en cuestión ha tomado una decisión para permitir que los avances tecnológicos se produzcan sin impedimento.

- Reconocer el poder limitado para regular. A menudo, las instituciones normales encargadas de las normativas de regulación aparecen indefensas frente a las nuevas tecnologías. Esto está muy claro en el caso de los intentos para regular las nuevas tecnologías de la información como Internet.

- Reconocer las tecnologías diferenciadas. Con el propósito de la regulación, se necesita diferenciar las tecnologías, no es el caso de una respuesta que se ajusta a todas. Algunas tecnologías son muy sensibles y necesitan una regulación urgente (por ejemplo, algunos aspectos de la biotecnología), otras como las tecnologías de la información son menos sensibles. No obstante, las tecnologías de la información también presentan cuestiones en relación con valores sobre los que las personas pueden tener fuertes diferencias de opinión.

- Abordar el déficit democrático. La tecnología siempre va delante. A menudo, las innovaciones tecnológicas quedan obsoletas, las normas jurídicas dirigidas hacia una tecnología particular son superadas y quedan irrelevantes o incluso obstructivas. En la actualidad, el conocimiento y las innovaciones tecnológicas, y los valores de la sociedad cambian radicalmente en un espacio corto de tiempo. No se puede esperar de los órganos legislativos, con todas sus responsabilidades, que aborden todos los desarrollos tecnológicos necesarios para los propósitos reguladores.

El legislador medio normalmente encuentra estos temas complejos e impenetrables, además de tener otras muchas cuestiones que esperan su toma de decisiones políticas. Esto deja un hueco en la toma de decisiones democrática en esta esfera de regulación. Es necesario adaptar y suplementar los procesos legislativos que se siguen hasta ahora en la mayoría de los países, se puede necesitar considerar varias formas de delegación legislativa.

Y también la promulgación de normas integrales, expresadas en términos generales, que no se vean reducidas rápidamente a la irrelevancia por los posteriores cambios tecnológicos. Un importante desafío para la teoría política y del Derecho, es precisamente el abordaje de las debilidades en la responsabilidad democrática de los grandes y complejos gobiernos modernos<sup>324</sup>.

#### 5.8. COMPARACIÓN DEL DERECHO CONSUECUDINARIO Y EL DERECHO ESTATUTARIO EN LA RESPUESTA A LAS INNOVACIONES TECNOLÓGICAS

Las innovaciones tecnológicas hacen posible formas nuevas de conducta, y es en esta interacción del Derecho con estas formas nuevas de conducta donde se generan las inquietudes en relación con la capacidad del Derecho de mantener el nivel con los cambios tecnológicos. Las normas jurídicas existentes ya no pueden alcanzar sus objetivos debido a la naturaleza cambiante del mundo en el que operan.

Pueden surgir nuevas ambigüedades porque no está claro si las nuevas formas de conducta caen dentro del ámbito de las normas existentes. Además, las normas que se aplican pueden ser inadecuadas para responder a las preocupaciones legítimas que surgen de las nuevas formas de conducta. La velocidad de adaptación del Derecho puede considerarse que sería la velocidad a la que las normas jurídicas se clarifican o se reforman para superar estos obstáculos<sup>325</sup>.

Las innovaciones tecnológicas presentan desafíos para el Derecho y la gobernanza y pueden hacer que las normas jurídicas resulten confusas y que normas inobjectables previamente estén sujetas a críticas. También se puede considerar al Derecho demasiado lento para controlar las tecnologías no deseables y perjudiciales cuando las normas preexistentes pueden llegar a ser difíciles de hacer cumplir.

Aquí es donde surgen los conceptos de “ponerse al día” o “adaptarse” para describir el proceso por el que se resuelven los problemas que surgen como

---

<sup>324</sup> Ivi, pp. 27-34.

<sup>325</sup> Cf. MOSES, L. B., «Adapting the Law to Technological Change: A Comparison of Common Law and Legislation», en *UNSW Law Journal* 26 (2003), pp. 394-395.

resultado de las innovaciones tecnológicas. La relación entre la incertidumbre en el Derecho y las innovaciones tecnológicas es parcial, ya que no toda la incertidumbre procede de las nuevas tecnologías y no todas las innovaciones tecnológicas producen nuevas incertidumbres. La relación puede ser más compleja puesto que algunas innovaciones tecnológicas revelan ambigüedades latentes en el Derecho<sup>326</sup>.

La forma más obvia de adaptación del Derecho a los desafíos de las innovaciones tecnológicas es la promulgación de una norma y el otro foro es el cambio de las normas jurídicas en los tribunales. El Derecho consuetudinario evoluciona en el tiempo en respuesta a cuestiones que se presentan en los tribunales para ser juzgadas. Cuando las normas no son claras y la ambigüedad no se resuelve por la ley existente, los tribunales no pueden responder a esos casos donde se presentan ambigüedades rechazando la consideración de los mismos.

De forma similar, cuando se argumenta que las normas existentes tienen que extenderse para incluir formas nuevas de conducta, los tribunales están obligados a tomar una decisión, de esta forma el Derecho consuetudinario se adapta constantemente a las innovaciones tecnológicas. El Derecho consuetudinario ofrece, aunque de forma lenta, fragmentada e incapaz de alcanzar soluciones óptimas para todos los problemas, una notable flexibilidad y es, en algunas circunstancias, una mejor alternativa que el Derecho estatutario<sup>327</sup>.

En general, la incertidumbre surge cuando la innovación tecnológica o las formas nuevas de conducta no encajan de forma clara en las categorías normativas y conceptuales existentes. En otras circunstancias, esta ambigüedad en las categorías normativas y conceptuales puede permanecer latente hasta que una norma que incluya esa categoría se aplique a la nueva tecnología o conducta. También se puede producir incertidumbre tanto en el Derecho consuetudinario como en el estatutario debido a problemas en la ambigüedad del lenguaje.

---

<sup>326</sup> Cf. COLIN, T., «Judicial Attitudes, Aptitudes and Abilities in the Field of high Technology», en *Monash University Law Review* 15 (1989), p. 220.

<sup>327</sup> Cf. MOSES, L. B., «Adapting the Law to Technological Change...», cit. p. 395.

Y otra fuente de incertidumbre, que es particular del Derecho consuetudinario, surge de la dependencia de los “precedentes vinculantes” en la determinación del contenido de las normas del Derecho consuetudinario. Las normas del Derecho consuetudinario se formulan a través de un proceso de comparación de situaciones factuales, y solo son estrictamente vinculantes cuando se comparten los hechos materiales en los casos precedentes y en el caso presente<sup>328</sup>.

La esencia de los “precedentes vinculantes” es por tanto la del razonamiento mediante el ejemplo y la analogía. Un juez alcanzará la misma conclusión en un caso que la que se alcanzó en un caso precedente siempre que compartan algunas características y, bien las diferencias entre los dos casos sean irrelevantes en virtud de otros precedentes que excluyan ciertos motivos posibles para distinguirlos, o bien las diferencias entre ellos no puedan justificar, en principio, su distinción.

Cuando las innovaciones tecnológicas hacen posible nuevas formas de conducta, automáticamente existirá una diferencia entre el primer caso que incluya esa nueva conducta y todos los casos anteriores. Normalmente, la determinación de si la nueva conducta en cuestión es como las formas de conducta existentes de manera que las diferencias no son fundamentales, suele ser difícil.

El razonamiento analógico en Derecho posee cuatro características diferentes pero que se superponen: principio de consistencia; un enfoque en los detalles; sentencias no teorizadas completamente; y principios que operan a niveles de abstracción inferiores o medios. En su conjunto, estas características contienen tanto las virtudes como los vicios del razonamiento analógico en el Derecho<sup>329</sup>.

Esto no significa que los resultados de cualquier caso que implique la aplicación de una norma del Derecho consuetudinario a una nueva forma de conducta tengan que ser inciertos. En muchos casos, la irrelevancia de algunos

---

<sup>328</sup> Ivi, p. 397.

<sup>329</sup> Cf. SUNSTEIN, C. R., «Commentary: On Analogical Reasoning», en *Harvard Law Review* 106 (1993), pp. 745-746.

hechos será obvia, en el extremo opuesto, podría existir la percepción de que (que después se probaría cierta o falsa) las normas existentes no se pueden aplicar a las nuevas formas de conducta sencillamente porque son nuevas. Las situaciones más comunes se encuentran entre estos extremos, donde se cuestiona la aplicabilidad de al menos algunas normas del Derecho consuetudinario a las nuevas formas de conducta.

Además de aumentar la incertidumbre, las innovaciones tecnológicas también pueden afectar a las normas existentes, en al menos tres maneras:

- Alterando el coste de violar y hacer cumplir esas normas.
- Alterando los hechos subyacentes que justifican las normas.
- Y cambiando los hechos subyacentes asumidos de forma implícita por las normas, haciendo que los conceptos y categorías jurídicas existentes queden obsoletos e incluso sin significado.

Todas las normas prescriptivas se basan en algunas justificaciones, incluso si no son universalmente aceptadas, una norma que se justifica en la probabilidad de reducir conductas indeseables puede ser objeto de críticas si las innovaciones tecnológicas alteran la relación entre la norma y su justificación. El sistema jurídico puede escoger ignorar estos cambios, o de forma alternativa puede modificar selectivamente sus normas de forma legislativa o mediante interpretación judicial<sup>330</sup>.

Por tanto, la adaptación del Derecho a las nuevas situaciones creadas por las innovaciones tecnológicas puede abarcar la clarificación, la modificación o la derogación de las normas existentes. Las ambigüedades latentes y la ausencia de precedentes relevantes pueden crear la necesidad de aclarar las normas, pero cuando se socava la justificación de una norma, ya no se puede hacer cumplir de forma fácil, o ya incluye o excluye de forma adecuada las nuevas formas de conducta, entonces lo más apropiado es la derogación de la norma.

Y por tanto se hace necesario la creación de normas nuevas. En ausencia de normas existentes relevantes, las nuevas normas podrían ser adecuadas porque

---

<sup>330</sup> Cf. FRIEDMAN, D. D., «Does Technology Require New Law», en *Harvard Journal of Law & Public Policy* 25 (2001), p. 71.

existe una razón por la que las nuevas formas de conducta deben ser alentadas o desalentadas<sup>331</sup>.

El hecho de que una norma se encuentre en la legislación en vez de que sea un caso judicial cambia la forma en la que se trata. Una ventaja significativa que ofrece la legislación es su relativa facilidad de referencia y publicidad que precede a su promulgación. Las ventajas de un aumento de la concienciación de la sociedad son variables, y dependen tanto del grupo que se regula como de la complejidad de la legislación.

Las diferencias entre el Derecho consuetudinario y el estatutario son importantes en cualquier contexto, pero en el caso de su utilización como instrumentos para adaptar las normas jurídicas a los avances tecnológicos, estas diferencias se centran sobre todo en aquellas que hacen al Derecho estatutario menos flexible que el consuetudinario, ya que la flexibilidad es crucial cuando se trata de enfrentarse a innovaciones tecnológicas continuadas.

Un cambio en las normas jurídicas que se ha realizado para resolver un problema en la aplicación del Derecho en el contexto de una nueva tecnología, solo tendrá efectos de regularización duraderos si es capaz de mantenerse al día con las encarnaciones futuras de la tecnología.

La naturaleza relativamente inflexible del Derecho estatutario surge en primera instancia del énfasis sobre la redacción utilizada cuando se aplica a una situación particular. Aunque el propósito del estatuto es importante para deducir su significado, este no se puede extender más allá del límite que asume su redacción.

Las normas del Derecho consuetudinario no se encuentran obligadas de la misma forma a su redacción. No existe un único texto de autoridad para las normas del Derecho consuetudinario; se puede utilizar un lenguaje diferente en casos diferentes para expresar lo que pretende ser un único principio o norma jurídica.

Las diferencias pueden llegar a ser importantes y una formulación se puede eventualmente desautorizar, pero hasta ese momento las diferentes formulaciones

---

<sup>331</sup> Cf. MOSES, L. B., «Adapting the Law to Technological Change...» cit. p. 401.



se tratarán como opciones. Incluso cuando una norma se plantea en una única forma, la norma necesariamente no obliga en sus términos al tribunal.

Siempre existe la posibilidad de que un tribunal posterior cree una excepción nueva a la norma que distinga el caso al que se enfrenta de los casos anteriores que se amparaban en la norma. Esta técnica se utiliza cuando la aplicación de una norma a una situación particular va en contra de su justificación subyacente. Por lo tanto las normas del Derecho consuetudinario son más transparentes a sus justificaciones subyacentes.

La transparencia de las normas del Derecho consuetudinario que permite su extensión o revocación en función de sus justificaciones subyacentes es una ventaja crucial cuando se elaboran normas pensadas para su aplicación en el contexto de las rápidas innovaciones tecnológicas.

Un factor adicional que contribuye a la flexibilidad del Derecho consuetudinario es que estas normas se pueden alterar o revocar por algunos tribunales o por el Parlamento, mientras que las normas del Derecho estatutario solo se pueden enmendar por la legislación. Por supuesto que las decisiones judiciales pueden afectar el significado de los estatutos al cambiar la forma en la que se interpretan.

Los jueces pueden interpretar la redacción de un estatuto para acomodarlo a los avances en la tecnología, incluyendo en el ámbito del estatuto la conductas que no eran posibles cuando se redactó. Pero los jueces se encuentran limitados por la redacción. En los casos en los que el problema no es decidir entre posibles interpretaciones, y en circunstancias en las que los cambios en las tecnologías requieren grandes modificaciones o dejan obsoleta a una norma, una norma estatutaria debe esperar hasta que el Parlamento tenga tiempo para enfrentarse al problema. Una norma del Derecho consuetudinario se puede ajustar en cuanto se convierte en objeto de una disputa formal<sup>332</sup>.

Finalmente, la flexibilidad del Derecho consuetudinario proviene de su enfoque sobre los detalles más que sobre la teoría jurídica. Como los jueces pueden llegar a un acuerdo a nivel de los detalles sin comprometerse con una teoría ética más amplia, es posible una evolución moral en el tiempo. El Derecho

---

<sup>332</sup> Ivi, pp. 404-405.

permanece por tanto abierto a nuevos hechos y perspectivas, de alguna forma permite que el desacuerdo y la incertidumbre se transformen en consenso<sup>333</sup>.

Aunque una norma jurídica es más ventajosa desde el punto de vista de su flexibilidad si forma parte del Derecho consuetudinario que del estatutario, es muy poco común que la decisión de promulgar o no una nueva legislación se base en preocupaciones sobre su flexibilidad. Es más probable que los legisladores se centren en el hecho de la reforma legislativa produzca los resultados deseados. Así, desde el punto de vista de la determinación del contenido sustantivo de una norma, es la legislación la que proporciona la alternativa más flexible.

A pesar de su maleabilidad, la toma de decisiones en el Derecho consuetudinario es bastante restrictiva. El Parlamento, dentro de los límites de la Constitución, puede legislar como desee, pero los jueces normalmente aunque pueden elegir como formulan y aplican la norma, están obligados a no fracturar sus principios estructurales<sup>334</sup>.

Los estatutos tienden a ser redactados con una perspectiva amplia, se pueden promulgar de forma simultánea regímenes jurídicos completos junto a excepciones y disposiciones transitorias. El contenido y las excepciones en el Derecho consuetudinario tienden a evolucionar más lentos en respuesta a escenarios específicos puesto que cada tribunal puede ignorar los dictados de jueces anteriores.

Por tanto, el Parlamento puede tomar una aproximación más holística al desarrollo de una norma jurídica que los tribunales. Se encuentra en la mejor posición para asegurar que el marco jurídico como un todo trabaja junto para conseguir objetivos económicos y sociales<sup>335</sup>.

La mayoría de las comparaciones entre el Derecho estatutario y el consuetudinario comienzan con la aparentemente sencilla observación de que el

---

<sup>333</sup> Cf. SUNSTEIN, C. R., «Commentary: On Analogical Reasoning...», cit. p. 782.

<sup>334</sup> Cf. MOSES, L. B., «Adapting the Law to Technological Change...» cit. p. 406.

<sup>335</sup> Cf. MASON, A., «Law and Economics: Monash Law School Foundation Lecture», en *Monash University Law Review* 17 (1991), p. 167.

Derecho consuetudinario opera *ex post facto*, es decir, que cuando se promulga una nueva norma, esa norma se aplica a sucesos que surjan antes del juicio.

Por otra parte, la legislación, puede promulgar normas en cualquier momento, y en general las nuevas normas se aplican solo a las conductas futuras. Pero, nada de lo anterior sugiere que desde una perspectiva temporal la legislación actúe necesariamente antes que los tribunales. Ambos procesos, los pleitos y la preparación y promulgación de una norma son lentos.

La distinción *ex post-ex ante*, aunque parece obvia es demasiado simplista. Es verdad que si un tribunal cambia el Derecho consuetudinario durante el transcurso de un juicio, la nueva norma se aplica efectivamente de forma retrospectiva. Sin embargo, el cambio en la norma no permite a las personas volver a litigar los litigios antiguos. Y el Derecho consuetudinario, como cuerpo jurídico, se aplica a conductas tal y como están ocurriendo, y cualquier cambio, una vez producido, gobernará las conductas futuras.

El problema de la retroactividad se reduce aún más cuando las direcciones futuras de la norma se anuncian *orbiter dicta* (argumentos expuestos en la parte considerativa de una sentencia o resolución judicial que corroboran la decisión principal, pero que carecen de poder vinculante). En el polo opuesto, la legislación no opera siempre prospectivamente.

Aun así, la distinción *ex post-ex ante* concede a los cambios legislativos una ventaja imparcial sobre los cambios dirigidos por los jueces. Por otra parte, los cambios fragmentarios en respuesta a circunstancias particulares también ofrecen ventajas. Al enfrentarse con problemas reales más que con hipótesis, los jueces aseguran que la norma se adapta a la tecnología tal como existe, más que a como se imagina, y el Derecho es capaz de reflejar la experiencia ganada con el uso de la tecnología<sup>336</sup>.

## 5.9. LA FUNCIÓN NORMATIVA DE LA TECNOLOGÍA: TECNO-REGULACIÓN

La creencia común de que el dominio de la tecnología es independiente de la dimensión normativa, se está desmoronando. La frontera claramente definida entre los dos campos de actuación se está desvaneciendo para dar lugar al

---

<sup>336</sup> Cf. MOSES, L. B., «Adapting the Law to Technological Change...», cit. p. 410.

reconocimiento mutuo de que cada uno de sus límites se van reemplazando por un régimen de coproducción en el que Derecho y tecnología se interrelacionan de forma recíproca.

El Derecho se involucra cada vez más en la regulación de las actividades tecnológicas, de sus productos y de sus resultados; y al mismo tiempo la intervención normativa cada vez se basa más en el conocimiento experto y las nociones y conceptos tecnológicos cada vez penetran más en las categorías jurídicas. Este vínculo doble entre el Derecho y la tecnología produce de forma efectiva un conocimiento híbrido en el que las contribuciones de ambos actores se complementan entre sí y logran legitimar sus contenidos.

De esta forma, la tecnología no es ya tan solo un objeto de regulación, sino que al incorporar la regulación y el cumplimiento normativo en la propia tecnología, se ha convertido tanto en un actor regulador como en una herramienta reguladora. El Derecho, al regular la tecnología, no solo recibe un contenido supuestamente descriptivo, obtenido desde fuera de su ámbito, confiriéndole una calidad preceptiva; sino que también toma decisiones cruciales sobre resoluciones que son objetivamente inciertas desde el punto de vista científico.

Al mismo tiempo, los legisladores tienen que pasar la tarea de la regulación minuciosa a corporaciones técnicas y organizaciones de expertos, cuando la complejidad de la tecnología y su constante evolución se sitúan fuera de su capacidad legal<sup>337</sup>.

La tecnología siempre ha tenido un cierto carácter normativo, nunca es neutra. Sin embargo, desde hace unos años, algo está cambiando. Con la llegada de las nuevas Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, la tecnología cada vez más se está usando de forma intencionada como un instrumento para regular el comportamiento humano.

Ejemplos claros son los sistemas de gestión de los derechos digitales (Digital Rights Management, DRM) que hacen cumplir o extienden los derechos de autor; los sistemas de filtrado que bloquean contenidos perjudiciales; o las tecnologías de protección de la privacidad (Privacy Enhancing Technologies, PETs) que permiten a los ciudadanos el control sobre los datos personales que pierden en la

---

<sup>337</sup> Cf. PALMERINI, E., «The interplay between law and technology...», cit. pp. 13-14.

era digital. En algunos casos, como las tecnologías de protección de la privacidad, se incorporan en las tecnologías para hacer cumplir una norma jurídica existente, pero en otros casos extienden o integran derechos legítimos configurando nuevas normas.

Esta novedad significa que la función normativa de la tecnología está siendo cada vez más importante, hasta tal punto que podemos hablar de una diferencia cualitativa: la tecnología, progresivamente, refuerza o suplementa al Derecho como un instrumento regulador importante.

Aunque muchos de estos esfuerzos, como los comentados DRM o PETs, se pueden eludir con facilidad o son todavía solo un concepto prometedor, ello no disminuye el significado potencial de que la tecnología cada vez se usa más para hacer cumplir o establecer normas. El hecho de que la tecnología establezca normas, plantea claros interrogantes sobre la aceptabilidad de esas normas<sup>338</sup>.

### 5.9.1. El “código” es la norma

Lawrence Lessig es uno de los autores más influyentes en la profundización y diseminación de la comprensión de la función normativa que la tecnología presenta en nuestros días. El trabajo de Lessig es de gran valor porque nos recuerda la importancia de la arquitectura como base para la regulación. Su libro “Code and Other Laws of Cyberspace” es muy reconocido como uno de los intentos analíticos más completos por capturar la variedad de formas en las que se regulan o se pueden regular las nuevas Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones.

*“Cyberspace demands a new understanding of how regulation works. It compels us to look beyond the traditional lawyer’s scope—beyond laws, or even norms. It requires a broader account of “regulation,” and most importantly, the recognition of a newly salient regulator.*

---

<sup>338</sup> Cf. KOOPS, B. J., «Criteria for Normative Technology: An Essay on the Acceptability of “Code as Law” in Light of Democratic and Constitutional Values», en *Regulating Technologies*, BROWNSWORD, R. & YEUNG, K. (Eds.), Oxford 2007, p. 157.

*That regulator is (...) Code. In real space, we recognize how laws regulate—through constitutions, statutes, and other legal codes. In cyberspace we must understand how a different “code” regulates— how the software and hardware (i.e., the “code” of cyberspace) that make cyberspace what it is also regulate cyberspace as it is”<sup>339</sup>.*

Para Lessig, la tecnología normativa forma parte de las cuatro modalidades posibles de regulación: normas jurídicas, normas sociales, mercados (economía) y arquitectura, considera estas modalidades en términos de restricciones para actuar. Así, las normas jurídicas limitan por medio de la amenaza de sanción, las normas sociales limitan por medio de la aplicación de sanciones sociales como las críticas o el ostracismo, el mercado restringe mediante los precios y señales relacionadas con ellos, y la arquitectura mediante restricciones físicas. El término arquitectura se refiere al diseño, y en relación con las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, al código (tanto software como hardware)<sup>340</sup>.

Lessig afirma que estos instrumentos deben observarse en conjunto, y no como mecanismos que operan de forma separada. Cada modalidad puede operar directamente sobre los individuos que son regulados, o indirectamente sobre una u otra modalidad, para producir en última instancia un efecto regulador.

Las modalidades pueden cooperar y entrar en conflicto entre sí. Lessig abrió los ojos de muchos juristas al desafiar la clásica auto-comprensión del Derecho que reduce la regulación a una cuestión de promulgar leyes. Por supuesto, que no fue el primero en observar que el Derecho es solo una de los instrumentos reguladores que existen. Le precedieron otros que incluso llegaron más lejos, como a decir que la regulación solo dependía en un grado menor del Derecho y en un grado mayor de otros fenómenos sociales como los mercados.

Pero en la aproximación de Lessig, el Derecho no se desestima como instrumento regulador, sino que se añaden otros instrumentos al arsenal. También muestra como el Derecho no solo opera directamente, sino también

---

<sup>339</sup> LESSIG, L., *Code*, New York 2006, p. 5.

<sup>340</sup> *Ibidem*, p. 123.

indirectamente a través de las otras modalidades, en orden a regular de acuerdo con el objetivo final del Derecho<sup>341</sup>.

*“The constraints are distinct, yet they are plainly interdependent. Each can support or oppose the others. Technologies can undermine norms and laws; they can also support them. Some constraints make others possible; others make some impossible. Constraints work together, though they function differently and the effect of each is distinct. Norms constrain through the stigma that a community imposes; markets constrain through the price that they exact; architectures constrain through the physical burdens they impose; and law constrains through the punishment it threatens.*

*We can call each constraint a “regulator,” and we can think of each as a distinct modality of regulation. Each modality has a complex nature, and the interaction among these four is also hard to describe”<sup>342</sup>.*

Para Lessig, el código establece las condiciones de acceso a determinadas áreas del ciberespacio, son características seleccionadas por los programadores de códigos que restringen ciertos comportamientos (por ejemplo, escuchas electrónicas) haciendo posible otros (encriptación).

Estas características integran ciertos valores, o hacen imposible la materialización de ciertos valores. Su elocuente descripción del ciberespacio y la forma en la que se constituye como un mundo virtual que, a menudo, es real en sus consecuencias, disparó muchas reacciones, desde su adoración por su aproximación poco convencional al Derecho por conformar una manera de regular la sociedad, hasta la complacencia de los juristas académicos que sospechaban que el paradigma jurídico actual podía enfrentarse fácilmente a las cargas de la era digital<sup>343</sup>.

---

<sup>341</sup> Cf. RAAB, C. D. & DE HERT, P., «Tools for Technology Regulation: Seeking analytical Approaches Beyond Lessig and Hood», en *Regulating Technologies. Legal Futures, Regulatory Frames and Technological Fixed*, BROWNSWORD, R. & YEUNG, K. (Eds.), Portland 2008, p. 265.

<sup>342</sup> LESSIG, L., *Code...*, cit. p. 124.

<sup>343</sup> Cf. HILDEBRANDT, M., «Legal and technological normativity...», cit. p. 178.

Esta es una diferencia significativa con la tecnología tradicional, la cual, por supuesto, tiene su propio efecto regulador sobre la conducta de las personas. La novedad del concepto “el código es la norma” es que en nuestros días la tecnología se está usando de forma intencionada como un instrumento para influir en los comportamientos de las personas, suplementado al Derecho como instrumento regulador.

Una diferencia clave entre el “código” y el Derecho es que la tecnología normativa, tanto en su faceta de hacer cumplir las normas como en la de establecer estas normas, influye en cómo se pueden comportar las personas, mientras que el Derecho influye en cómo se deberían comportar las personas.

Esta es la razón por la que el aumento de la tecnología intencionalmente normativa plantea algunos problemas de índole democrática y constitucional. Hay que tener en cuenta que los criterios (procedimentales y sustantivos) que se aplican tradicionalmente al Derecho, pueden no ser aplicados a la normativa tecnológica, y sin embargo su impacto sobre la conducta de los ciudadanos puede ser igual de importante que el de las normas jurídicas aplicadas mediante procedimientos jurídicos<sup>344</sup>.

El “código” como norma es una idea atractiva porque establece un paralelismo con la regulación basada en el diseño en el espacio real. Todo el mundo estará de acuerdo que es mucho más efectivo obstruir el acceso a una propiedad que poner una señal que diga que el acceso está prohibido por la ley. Los mecanismos de control basados en el diseño (el “código”) son extremadamente poderosos porque actúan *ex ante* más que *ex post*, y son autoejecutables en vez de demandar la atención y la interacción con otros<sup>345</sup>.

Los resaltos de las carreteras o los bolardos de los aparcamientos son ejemplos conocidos de regulación basados en el diseño. Se puede pensar que estos artefactos implementan respectivamente las normas sobre velocidad o prohibición de aparcar. Asumimos que, en efecto, en el diseño de estos artefactos

---

<sup>344</sup> Cf. KOOPS, B. J., «Criteria for Normative Technology...», cit. p. 158.

<sup>345</sup> Cf. MURRAY, A. D., «Nodes and Gravity in Virtual Space», en *Legisprudence* 5 (2011), p. 202.



se encuentran integradas las normas, sin embargo, están ausentes las sanciones que se producirían en el sentido tradicional al no obedecer esas normas.

La sanción negativa consiste en la inconveniencia física o el daño al propio vehículo. Se logra el comportamiento deseado de los automovilistas mediante diseños que físicamente prohíben el comportamiento que se desvía de la norma, coinciden por tanto el cumplimiento y la sanción.

En este sentido, la arquitectura o el “código”, toma un atajo comparado con otras modalidades de regulación, el modelo de Lessig imagina un diálogo discursivo entre el regulador y el regulado. Este es el modelo común que se encuentra en la mayoría de las teorías sobre regulación, incluida la regulación cibernética. El diálogo normalmente va en este sentido:

- Cuál es el comportamiento que deseamos controlar, alentar o desalentar (acción normativa).
- Como podemos asegurar que los regulados respeten nuestra posición sobre esto (detección de variaciones).
- Como podemos comunicar a los regulados que necesitan modificar su comportamiento<sup>346</sup>.

Para el Derecho (controles jerárquicos en sus términos), para los mercados (controles basados en la competencia) y para las normas sociales (controles basados en la comunidad), los anteriores tres elementos son distintos. Para el control basado en el diseño (el “código”) los pasos segundo y tercero se

---

<sup>346</sup> Cf. MURRAY, A. D., «Controlling the New Media: Hybrid Responses to New Forms of Power», en *the Modern Law Review* 65 (2002), p. 502. Se pueden extraer ejemplos de esta clase de diálogos del Derecho penal:

- Se desea evitar un exceso de velocidad porque puede causar daños a los peatones y otros usuarios de la carretera, de manera que se establecen límites de velocidad.
- Se instalan señales claras, se utilizan patrullas de policías y cámaras de seguridad.
- Aquellos que se sorprendan sobrepasando los límites de velocidad serán sancionados o se les retira el permiso de conducir.

combinan, los bolardos en la carretera impiden que los vehículos aparquen en la acera<sup>347</sup>.

Aunque Lessig afirma que el “código” es la norma, no quiere decir que esto sea así en sentido literal. El “código” no es el Derecho, pero sí que plantea la cuestión de cómo evaluar jurídicamente este “código”. Cuando la tecnología afecta al comportamiento y se usa como un instrumento para alcanzar objetivos políticos, ciertamente que se asemeja a los efectos del Derecho.

Una característica del Derecho es que algunas conductas humanas ya no son opcionales, sino que en cierto modo son obligatorias. Aquí la cuestión importante que surge es como se evalúa el hecho de que una tecnología obligue (y/o prohíba) intencionalmente a manifestar un determinado comportamiento<sup>348</sup>.

Si la tecnología normativa regula el comportamiento de forma sin precedentes, y se utiliza intencionadamente como un instrumento para influir el comportamiento humano, ésta debería cumplir con los criterios que la sociedad considera importantes para la regulación.

Esto se aplica, primero, tanto para la tecnología que se utiliza como instrumento de aplicación por los legisladores legítimos como para la que se utiliza para el establecimiento de normas. Se debería señalar que el que una tecnología normativa que se utiliza como implementación de una norma haya sido promulgada por un organismo legislativo público, no garantiza automáticamente su aceptabilidad.

La forma en la que se traslada la norma jurídica y se integra en la tecnología supone una actividad separada que se debería evaluar por sí misma, ya que la norma en los libros no es y no puede ser lo mismo que la norma en la tecnología. En el proceso de traslado, tienen lugar decisiones y reducciones, y esas decisiones no las toman necesariamente las autoridades públicas sujetas a controles y contrapesos, sino que los toman los desarrolladores tecnológicos. La norma integrada en la tecnología casi nunca puede ser la misma que la norma establecida por la legislatura.

---

<sup>347</sup> Cf. LEENES, R., «Framing Techno-Regulation: an Exploration of State and non-State Regulation by Technology», en *Legisprudence* 5 (2011), p. 147.

<sup>348</sup> *Ibidem*, p. 145.

Y en segundo lugar, también deben aplicarse donde las entidades privadas son las que construyen normas para influir en el comportamiento de los que usan la tecnología. El “código” además de poder ser la “mano larga del Derecho”, también puede ser la “mano invisible” de los mercados o de la sociedad. En estos últimos casos, es necesario investigar la aceptabilidad de las normas integradas en la tecnología por estos actores no estatales, sobre todo si existe un gran impacto sobre las vidas de las personas<sup>349</sup>.

Los estudiosos de la tecno-regulación han intentado encontrar criterios para la aceptabilidad de la tecnología normativa. El propio Lessig destaca como valores clave, la libertad, la transparencia y poder elegir. Para Reidenberg, la autoridad legal y flexibilidad<sup>350</sup>.

Shah y Kesan acentúan la transparencia, los estándares abiertos y la configuración predeterminada. Brownsword especifica la efectividad, la legitimidad y la existencia de elección<sup>351</sup>.

Revisando todos los diferentes criterios anteriores que aplican en la práctica los académicos que escriben sobre la regulación de la tecnología, Koops desarrolló una serie de criterios para la aceptabilidad de la tecno-regulación, que de una manera sistemática presenta basándose en una distinción de niveles de abstracción y sobre una jerarquía de criterios primarios (derechos humanos, otros valores morales, Estado de Derecho, democracia) y de criterios secundarios (transparencia de la reglamentación, alternativas de verificación, responsabilidad, experiencia-independencia, eficacia, efectividad de elección, flexibilidad, transparencia de las normas).

No todos los criterios son igual de relevantes en casos específicos, y se pueden interpretar de forma diferente según el contexto o la instancia específica de la tecnología normativa<sup>352</sup>.

---

<sup>349</sup> Cf. KOOPS, B. J., «Criteria for Normative Technology...», cit. p. 159.

<sup>350</sup> Cf. LESSIG, L., *Code...*, cit. p. 4, 143, 345; Cf. REIDENBERG, J. R., «Lex Informatica, The Formulation of Information Policy...», cit. p. 572, 576.

<sup>351</sup> Cf. SHAH, R. C. & KESAN, J. P., «Manipulating the governance characteristic of code», en *Info* 5 (2003), pp. 6-7; Cf. BROWNSWORD, R., «What the World Needs Now: Techno-Regulation...», cit. p. 210, 230.

### 5.9.2. Fuentes de la tecno-regulación

Si se permite que los reguladores de la tecno-regulación sean tanto públicos como privados, entonces encontraremos diferencias en la calificación y en los efectos jurídicos de la regulación. Si la autoría de la tecno-regulación tiene su origen en los poderes públicos, la norma promulgada por la legislación para implementar ciertas políticas se va a hacer cumplir por la tecnología en vez de por los humanos.

A primera vista, en este caso las diferencias parecen pequeñas entre una señal de tráfico (de limitación de velocidad) y un resalto en la carretera que haga cumplir ese límite de velocidad, aparte de su diferencia potencial en la eficacia del cumplimiento de la norma, su status jurídico podría ser el mismo.

Sin embargo, a la vista de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información, si que se plantean una serie de cuestiones. En parte esto tiene lugar por la opacidad de las normas que se incorporan en la tecnología. La norma es clara en el caso de los resaltos, pero cuando la norma está integrada en una aplicación de un ordenador o en otro dispositivo, entonces esto no está tan claro.

A veces la existencia de una norma puede que no la conozca un usuario. Por ejemplo, la obligación de bloquear ciertas páginas web puede ocasionar que el usuario no sea consciente de la existencia de esta norma o incluso del hecho de que cierta página web se encuentre bloqueada por un filtro<sup>353</sup>.

Desde el punto de vista de la regulación, el mantener el comportamiento de los regulados dentro de los límites definidos por la regulación, no exige ni necesita que las normas integradas sean transparentes. La tecno-norma funciona independientemente de que los regulados conozcan que su comportamiento está siendo regulado. La efectividad de la norma depende de su implementación en las reglas dentro del sistema y de las posibilidades de los regulados para desviarse de las reglas.

Desde la perspectiva de los reguladores esto es muy atractivo, ya que sus objetivos deseados se pueden lograr con gran eficacia sin necesidad de una

---

<sup>352</sup> Cf. KOOPS, B. J., «Criteria for Normative Technology...», cit. p. 164.

<sup>353</sup> Cf. LAIDLAW, E. B., «A framework for identifying Internet information gatekeepers», en *International Review of Law, Computers & Technology* 24 (2010), p. 273.

aplicación adicional por los reguladores y sin necesidad de cooperación por parte de los regulados<sup>354</sup>.

En el caso de que los autores de la tecno-regulación no sean públicos, las cosas son más complicadas. La identidad del regulador no siempre es clara y también puede no estar clara la calificación jurídica de la tecno-regulación. Se podría considerar que no son legales puesto que sus productores carecen de competencia para legislar, aunque las entidades privadas pueden tener competencias para definir normas legalmente vinculantes (por ejemplo, contratos).

Así estas normas se podrían implementar mediante la tecnología. Un ejemplo de esta situación sería el caso de la tecno-regulación del código regional de los DVD, la cual se puede considerar como una forma de auto-regulación dentro de la industria<sup>355</sup>.

La primera interpretación en relación con el estatus jurídico de la tecno-norma (el código regional) sería que esta norma es secundaria a los términos de uso (acuerdo de licencia). El mecanismo de protección implementa y refuerza la prohibición de usar el DVD fuera de la región. Cuando se compra el disco, se aceptan los términos de uso, por tanto se tiene una obligación contractual de cumplir los términos de uso.

---

<sup>354</sup> Cf. LEENES, R., «Framing Techno-Regulation: an Exploration of State...», cit. pp. 155-156.

<sup>355</sup> Vid. YU, P. K., «Region Codes and the Territorial Mess», en *Cardozo Arts & Entertainment* 30 (2012), p. 200. El código regional es un elemento del sistema de licencia del DVD Forum, que permite a los espectadores disfrutar de una película en DVD tan pronto como ésta se ha proyectado en los cines y permite a las regiones operar con su propia planificación. Una película se puede estrenar en DVD en una región incluso cuando todavía se está proyectando en los cines de otra región porque la codificación regional asegura que no interferirá con los cines de otras regiones. Sin el código regional, todos los espectadores en casa tendrían que esperar hasta que una película completará su temporada de proyección a nivel global antes de que se pudiera relanzar el DVD en cualquier lugar.

Si burlamos el mecanismo del código para poder visualizarlo en otra región, rompemos el contrato, y en este caso lo que causa efectos jurídicos no es tanto el haber soslayado el mecanismo de protección, sino el haber incumplido el contrato. El hecho de que además exista una tecno-norma solo hace más difícil para el consumidor romper el contrato y por tanto la tecno-norma puede potencialmente mejorar el cumplimiento de los términos de uso.

Una segunda interpretación sería que la tecno-norma constituyera en sí misma los términos de uso. De esta forma, las tecno-normas serían jurídicamente válidas y los usuarios estarían jurídicamente vinculados con las condiciones implementadas por las tecno-normas. Esta interpretación puede ser problemática porque algunas veces la existencia de normas integradas, y mucho menos sus contenidos pueden ser desconocidos para el usuario.

En estos casos la legitimidad no parece tener que jugar un papel en sentido estricto, aunque sí que se requiere cierto grado de aceptación por la comunidad regulada. El problema con la tecno-regulación privada es que no siempre está claro cuál es su status jurídico, y por tanto si existe obligación legal de cumplir las normas.

En los casos que las normas implementen términos contractuales, está claro cuál es el status legal y cuáles son los efectos de no cumplir las normas. En otros casos, las normas pueden ser jurídicamente nulas y sin efecto y por tanto vinculan jurídicamente a los individuos, pero aun así en tanto que las normas están integradas en la tecnología, de hecho van a regular el comportamiento, en este caso la legitimidad y la eficacia, en la práctica, pueden estar dissociadas<sup>356</sup>.

### 5.9.3. Las contradicciones de la tecno-regulación

Los reguladores se sienten atraídos por la tecno-regulación, por estos instrumentos basados en el diseño que fuerzan a los regulados a actuar de una determinada manera. La tecno-regulación promete alcanzar sus objetivos deseados con una eficacia perfecta, de manera que una vez que se instala la

---

<sup>356</sup> Cf. LEENES, R., «Framing Techno-Regulation: an Exploration of State...», cit. pp. 160-168.

tecnología, los reguladores no necesitan ya ninguna medida coercitiva o cooperación por parte de los regulados.

Pero, este carácter auto-ejecutable de la tecno-regulación ha generado una serie de inquietudes, algunas de ellas centradas en su eficacia y en sus efectos, y otras centradas en su potencial para poner en riesgo valores importantes. La tecno-regulación, para conseguir los fines que busca, conlleva la completa dependencia sobre la fiabilidad y la precisión de las “normas” del diseño que se adopta.

Dado que, es imposible construir normas lingüísticamente perfectas debido a entre otras cosas, a la indeterminación del lenguaje, a la variabilidad infinita de contextos sociales en las que se aplican, y a la pluralidad de de interpretación de esos contextos, sería ingenuo esperar que los ingenieros-diseñadores pudieran superar estas limitaciones por el mero hecho de trasladar la norma a su forma tecnológica. Incluso si se pudieran superar estos desafíos de diseño, estos podrían tener efectos indirectos imprevistos y adversos<sup>357</sup>.

La tecno-regulación, al poner de manifiesto la diferencia entre las estrategias reguladoras que se basan en un compromiso con la razón práctica de los objetos de la regulación (regulados) y las estrategias que simplemente buscan alcanzar un patrón de comportamiento, asume una importancia teórica doble, conceptual y moral. Si se trata de la misma forma la estrategia de la normativa jurídica y la de la tecno-regulación simplemente como equivalentes funcionales, se perderá un asunto de primera importancia.

A un nivel práctico, si somos conscientes de la posibilidad de que la tecno-regulación nos conduzca a una progresiva dependencia del “código”, nos alertaremos de que cuando los reguladores se orientan hacia una tecno-regulación, las consecuencias pueden ser menos inteligentes de lo que parecería.

Si con la regulación normativa, los reguladores se dirigen a los regulados, razonando con ellos de forma más o menos exitosa, con la tecno-regulación se elude la razón práctica, eliminando todas las opciones que no sean el deseado

---

<sup>357</sup> Cf. YEUNG, K., «Can We Employ Design-Based Regulation While Avoiding Brave New World?», en *Law, Innovation and Technology* 3 (2011), p. 6.

patrón de conducta, para diseñar una solución a un problema del que los regulados ni siquiera pueden ser conscientes.

El “código”, a un determinado nivel, amenaza los valores procedimentales de la buena gobernanza, además cuando los reguladores no declaran la posición reguladora de sus objetivos, la mano invisible de la regulación se aleja de la rendición de cuentas. Sin embargo, en otro nivel las implicaciones de la tecno-regulación son incluso más profundas.

Al diseñar para un determinado patrón de comportamiento, aunque este sea deseable, los reguladores despojan a los regulados de tomar decisiones auto conscientes para actuar (o para evitar esa acción) de una forma determinada. Si la esencia de la dignidad humana (o agente de moralidad) descansa en decidir respetar los intereses legítimos de los congéneres humanos, la tecno-regulación, aunque podría conseguir asegurar una serie de intereses legítimos (por ejemplo la integridad física de los humanos y otros parecidos), habría que pagar un precio.

Es decir, mientras que el “código” en la tecno-regulación prioriza el control sobre la elección, lo característico de la normativa jurídica es que la decisión se preserva incluso si esto disminuye el grado de control que tienen los reguladores sobre los regulados<sup>358</sup>.

Subyacente a todas estas preocupaciones se encuentra un temor de que la tecno-regulación resulte en una pérdida de “responsabilidad moral”. Parece que es la tecnología, más que el carácter moral del individuo relevante, la que es responsable de la visualización de la virtud, y por tanto el individuo ya no es un candidato apropiado para el elogio moral.

Estas objeciones llegan más lejos, se puede pensar que la tecno-regulación implique más que una pérdida de la responsabilidad moral, y que de una forma directa e inmediata excluya la responsabilidad moral. Incluso si se pudiera adaptar de forma satisfactoria las demandas de una buena gobernanza, la tecno-regulación afecta de lleno a las nociones fundamentales de respeto y responsabilidad ya que fuerzan a los individuos a actuar en una forma dictada por los diseños de la tecno-regulación.

---

<sup>358</sup> Cf. BROWNSWORD, R., «Code, control, and choice: Why East...», cit. pp. 3-4.



Por tanto, dentro de un entorno tecno-regulador, los individuos ya no son agentes moralmente responsables que se acrediten con actos de respeto a los otros ni que se les culpe de no alcanzar las exigencias morales.

Estas preocupaciones nos señalan las causas fundamentales que descansan en el corazón de todas las críticas anteriores, al sugerir que la tecno-regulación amenaza los cimientos básicos que permiten la existencia de una comunidad moral. Aunque las críticas comentadas surgen de dominios diversos de rango social, tecnológico y académico, todas comparten una ansiedad subyacente de que la utilización de aproximaciones basadas en el diseño para controlar la conducta humana pudiera amenazar los fundamentos sociales y morales en los que se anclan la libertad individual, la autonomía y la responsabilidad<sup>359</sup>.

#### 5.9.4. La tecno-regulación y el Estado de Derecho

La paradoja del Estado de Derecho reside en el hecho de que en la concepción sustantiva del propio Estado de Derecho, el Derecho no es solo un instrumento para la implementación de las políticas del gobierno sino que también es el instrumento que protege a los ciudadanos frente a un régimen arbitrario y frente a marcos de referencia hegemónicos.

La autoridad del estado se utiliza como control de la propia autoridad del estado: la división interna de poderes soberanos permite a un poder funcionar como poder compensador de otro poder. Podemos pedir al estado que nos proteja frente al propio estado, y requerir del propio estado que nos proteja de agentes poderosos que violan nuestros derechos<sup>360</sup>.

Frente a la compleja maraña de infraestructuras socio-técnicas, parece surgir la necesidad de trasladar esta paradoja hacia las nuevas tecnologías, que de otra manera gobernarían nuestro mundo. Ya vimos como Lessig en su libro pionero "Code" explicaba, con una narrativa convincente y enriquecida con un gran número de argumentos, como el Derecho tradicional estaba perdiendo terreno

---

<sup>359</sup> Cf. YEUNG, K., «Can We Employ Design-Based Regulation While...», cit. pp. 8-9.

<sup>360</sup> Cf. HILDEBRANDT, M., *Smart Technologies and the End(s) of Law*, Northampton 2015, pp. 126-127.

frente las fuerzas del mercado, las normas sociales y especialmente el “código” de los ordenadores<sup>361</sup>.

Los límites entre el ciberespacio y nuestro mundo vivo se están difuminando, presentándonos una necesidad apremiante de repensar los límites del (estado de) Derecho en la era de las nuevas Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones. Se están desdibujando la frontera entre online y offline.

Al igual que hablamos de culturas pre-alfabetizadas en lo referente a las tradiciones orales, ahora hablamos de experiencias offline en términos de un mundo online nuevo. Se ha señalado que en las sociedades sin escritura, la oralidad tiene otro alcance y un significado diferente que la que tiene en las sociedades alfabetizadas. Una vez que se introdujo la escritura, se transformó la relación entre acción, percepción y memoria debido a que parte de nuestra memoria se objetiva y se hace externa; resulta que parte de nuestro cerebro se reconfigura para permitir el proceso de lectura<sup>362</sup>.

En nuestro mundo vivo actual ya no se puede describir estableciendo la dicotomía entre online y offline. El término nuevo propuesto para solucionar de forma adecuada nuestra dificultad actual es el de “On-life”, que nos señala el hecho de que nuestra vida “real” no es ni online ni offline, sino que participa en una clase nueva de mundo que todavía estamos descubriendo y donde podríamos decir que nuestro entorno físico está tomando vida<sup>363</sup>.

Para poder trasladar la paradoja del Estado de Derecho dentro del código digital, es decir, utilizar la tecnología para protegernos de las consecuencias indeseables cuando regulamos su utilización, se necesitarían dos cosas. Primero, la utilización del “código” debe estar legitimado en un procedimiento democrático, y segundo, las implicaciones de la aplicación automática se deben afrontar y mitigar.

Como hemos comentado anteriormente, las tecnologías que son constitutivas de nuestras interacciones pueden garantizar el cumplimiento más

---

<sup>361</sup> Cf. LESSIG, L., *Code...*, cit. p. 5.

<sup>362</sup> Cf. HILDEBRANDT, M., *Smart Technologies and the...*, cit. pp. 41-42.

<sup>363</sup> Cf. FLORIDI, L., «A look into the Future Impact of ICT on Our Lives», en *The Information Society: An International Journal* 23 (2007), pp. 61-62.

allá de lo que lograría una norma escrita. Para que estas tecnologías se integren en la tradición jurídica de las democracias constitucionales, éstas deben proporcionar los mecanismos para defenderse de su propia aplicación. Esto requiere transparencia para empoderar a los ciudadanos en su contacto con las infraestructuras tecnológicas<sup>364</sup>.

Por ejemplo, tal y como analizaremos en capítulos posteriores, la atención actual sobre la protección de datos personales, que a menudo implica el derecho al acceso a nuestros datos personales procesados por grandes corporaciones, debería extenderse al derecho de acceso de los perfiles de grupo que puedan ser utilizados para clasificación social con consecuencias de gran alcance para el riesgo y oportunidades atribuidas a una persona determinada. Más importante, estos derechos de acceso necesitan una materialización tecnológica, de otra manera no tendría valor<sup>365</sup>.

#### 5.10. LA TECNO-REGULACIÓN: ¿UNA NUEVA DISCIPLINA?

La interacción entre el Derecho y la tecnología ha adquirido muy rápidamente las características de un tema de investigación preciso y acotado para los juristas, y se ha convertido casi en una rama autónoma de la teoría del Derecho. Cada vez hay más estudios que investigan como está cambiando el análisis jurídico y el esfuerzo regulador en relación con las innovaciones tecnológicas.

Los análisis de estos cambios no siempre convergen, pero normalmente si están de acuerdo en que el estado de Derecho tiene que reafirmarse frente a las derivas tecnocráticas para poder evitar las innovaciones tecnológicas que menoscaban los derechos fundamentales y los valores democráticos.

Otra razón de preocupación, consecuente con la autonomía conceptual que ha adquirido este campo de investigación, es la disociación potencial de un entorno más general e integral definido por una serie de principios generales que

---

<sup>364</sup> Cf. HILDEBRANDT, M., «Legal and technological normativity...», cit. p. 178.

<sup>365</sup> Cf. HILDEBRANDT, M., «Profiling and the rule of law», en *Identity in the Information Society* 1 (2008), pp. 63-64.

son compartidos por los sistemas jurídicos contemporáneos, y el riesgo de fragmentarlos y aplicarlos según el contexto<sup>366</sup>.

El ritmo y el alcance, en los últimos años, del cambio tecnológico (un fenómeno todavía en aceleración) ha constituido una especie de revolución constante, en la que la innovación y transformación tecnológica ha dejado siempre un paso atrás a nuestra capacidad para adaptarnos.

Los esfuerzos reguladores, por tanto, se enfrentan a un desafío enorme para mantener el ritmo de los desarrollos tecnológicos y encontrar un equilibrio óptimo entre protección y creatividad. Aunque ya se había señalado desde hace mucho tiempo la complejidad de la regulación de las tecnologías, la investigación en esta área como un campo integral de estudio digno de su propia competencia disciplinar es un fenómeno reciente, una disciplina en la que como era de esperar todavía se está luchando por entender en su totalidad<sup>367</sup>.

Hasta ahora, se han hecho pocos intentos de esquematizar el espacio en el que se mueven los reguladores y los investigadores que se enfrentan con la regulación de la tecnología. Uno de los primeros intentos ensayísticos para mapear de forma exhaustiva el mapa espacial de este campo emergente de la regulación de la tecnología, lo ha realizado Bert-Jaap Koops:

*“We are at the start of what may be emerging as a new discipline of academic study: technology regulation, the study of how technologies are or should be regulated. With a broad definition of technology - the wide range of tools and crafts that people use to change or adapt to their environment - and of regulation - the intentional influencing of someone’s or something’s behaviour - this is a wide-ranging and complex field indeed. To get a grip on this emerging field, we need theoretical grounding”<sup>368</sup>.*

La regulación de la tecnología es un espacio multidimensional que reúne conocimientos de numerosas campos relevantes, entre los más obvios: varias

---

<sup>366</sup> Cf. PALMERINI, E., «The interplay between law and technology...», cit. pp. 11-12.

<sup>367</sup> Cf. GOODWIN, M., «Introduction. A Dimensions Approach to Technology», en *Dimensions of technology regulation*, GOODWIN, M. E. A., KOOPS, B. J. & LEENES, R. E., Nijmegen 2010, p. 1.

<sup>368</sup> KOOPS, B. J., «Ten dimensions of technology regulation...», cit. p. 310.

disciplinas jurídicas, teoría del Derecho, estudios de gobernanza, ética, administración pública, ciencia política, teoría de la comunicación y de los medios, estudios de ciencia y tecnología, junto con diferentes campos de la ciencia y la tecnología propias.

Aunque, en realidad, es demasiado pronto para hablar de una disciplina emergente, los contornos están apareciendo sin duda sobre el mapa: alrededor del mundo, están surgiendo una serie de conferencias, revistas, y centros de investigación dedicados a la regulación de la tecnología.

Koops usa una metáfora, prestada de la física teórica, para presentar la disciplina de la regulación de la tecnología como un espacio que contiene diez dimensiones. Mediante esta construcción intenta proporcionar un manual de campo para ayudar a orientarnos en un campo multidimensional y guiarnos a través de él.

Este aparato analítico de dimensiones, nos permite ver con mayor claridad donde nos encontramos y que influye en la determinación de nuestra posición en relación con otros. Además, una vez que conozcamos mejor donde nos encontramos, nos podremos mover hacia delante con más confianza hacia áreas de este campo y aumentar nuestro conocimiento de la regulación de la tecnología como disciplina<sup>369</sup>.

Las diez dimensiones de la regulación de la tecnología, que propone Koops son:

- Tipo de tecnología. Es la dimensión más obvia, puesto que la tecnología se refiere a un amplio rango de herramientas y productos que se utilizan para cambiar o adaptar en entorno, la atención investigadora se puede centrar en diferentes tipos de tecnologías. Por tanto, las cuestiones que surjan por un determinado desarrollo tecnológico depende mucho del carácter y el nivel de abstracción de la tecnología en cuestión<sup>370</sup>.
- Innovación. El grado de innovación es relevante. Las aplicaciones de las tecnologías bien conocidas caen normalmente en el ámbito de la normativa

---

<sup>369</sup> Cf. GOODWIN, M., «Introduction. A Dimensions Approach to Technology...», cit. p. 2.

<sup>370</sup> Cf. KOOPS, B. J., «Ten dimensions of technology regulation...», cit. p. 314.

existente o de otros instrumentos reguladores, en contraste con tecnologías radicalmente nuevas<sup>371</sup>.

- Lugar. Factores importantes para apreciar las implicaciones se relacionan con donde se desarrolla o se utiliza la tecnología, en qué entorno, en qué clase de organización. Aunque la globalización y la organización internacional de la tecnología implican que, en nuestros días, las innovaciones viajan lejos y rápido, esto no significa que la tecnología al evolucionar en un tecno-espacio global, no tenga componentes locales, regionales o nacionales<sup>372</sup>.

- Tiempo. Esta dimensión corresponde en su mayor parte con el desarrollo temporal del ciclo de la tecnología: desde la ciencia fundamental hasta la ciencia aplicada, y desde la investigación y desarrollo, por medio del desarrollo de productos y su comercialización y hasta la utilización del producto. Estas varias etapas del desarrollo tecnológico implican diferentes cuestiones reguladoras<sup>373</sup>.

- Tipo de regulación. Aquí se encuentran los diferentes tipos de regulación que hemos comentado anteriormente (Lessig, Brownsword, etc.). Se considera también muy importante los actores que ejercen este instrumento, los reguladores, y los actores objeto de la regulación, los regulados<sup>374</sup>.

- Perspectiva normativa. Se puede considerar como una instancia de la posición por defecto establecida por los reguladores, que puede inclinarse hacia un lado permisivo o prohibitivo, dependiendo de la influencia de todas las clases de asunciones o actitudes subyacentes<sup>375</sup>.

- Conocimiento. Esta dimensión del conocimiento trata con la sustancia del conocimiento. Incluye cuanto (o cuanto poco) conocemos sobre una tecnología y sus efectos, sobre ciertos aspectos reguladores, o sobre algunas instancias de la regulación tecnológica. Los principales factores son, en la

---

<sup>371</sup> Ivi, p. 315.

<sup>372</sup> Ibidem, p. 316.

<sup>373</sup> Ibidem, p. 317.

<sup>374</sup> Ibidem, p. 318.

<sup>375</sup> Ibidem, p. 319.

bien conocida distinción de la regulación de riesgos, los conocidos y los desconocidos (*knowns and unknowns*).

- Disciplina. La disciplina o el campo de investigación es aquí la dimensión primaria. La regulación de la tecnología se puede investigar desde una gran variedad de disciplinas científicas entre las que primariamente se encuentra el Derecho y todas sus subdisciplinas<sup>376</sup>.

- Problema. La definición del problema varía desde la comprensión de algo para resolver algo, y la investigación subsecuente implica aproximaciones que varían desde lo puramente descriptivo hasta lo analítico y lo normativo. A menudo, el tipo de problema y el tipo de aproximación van de la mano<sup>377</sup>.

- Marco. Muchos factores están implicados en enmarcar la investigación en la regulación de la tecnología, en el sentido de restricciones que definen el ámbito de visión de la investigación y fija el marco de referencia para la acción. Esta es una dimensión importante porque muchos factores funcionan como limitadores relevantes de la investigación<sup>378</sup>.

Esta visión apoya a esta disciplina naciente a ganar algunos puntos de apoyo en términos de herramientas analíticas que ayuden a comprender cómo es esta disciplina, como plantea su investigación, como puede contribuir al cuerpo de conocimiento, y que problemas necesitan investigarse.

Además, nos asiste en la esquematización de la complejidad de las relaciones e interacciones entre la tecnología y el Derecho y la sociedad, y nos muestra que aspecto tendría un mapa de la disciplina basado en la dimensionalidad y porque esto podría ser un medio útil para desentrañar el presente y el futuro de la regulación de la tecnología<sup>379</sup>.

---

<sup>376</sup> Ivi, p. 320.

<sup>377</sup> Ibidem, p. 321.

<sup>378</sup> Ibidem, p. 312.

<sup>379</sup> Cf. GOODWIN, M., «Introduction. A Dimensions Approach to Technology...», cit. pp. 16-17.





**CAPÍTULO VI -  
HITOS HISTÓRICOS DE LAS  
TECNOLOGÍAS DE LA  
INFORMACIÓN Y DE LAS  
COMUNICACIONES**



## CAPÍTULO VI - HITOS HISTÓRICOS DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LAS COMUNICACIONES

La comunicación se define como un proceso de expresión, interacción e influencia, un proceso en el que el comportamiento de los seres humanos expresa mecanismos psicológicos, estados y cualidades por medio de la interacción con expresiones similares de otros individuos, produciendo una variedad de efectos cognitivos, emocionales y conductuales.

Así mismo, la comunicación, según la tradición semiótica, se propone como una mediación intersubjetiva a través de signos; y explica y cultiva el uso del lenguaje y otros sistemas de signos para mediar entre diferentes perspectivas. En este ámbito, los problemas primarios que se relacionan siempre con la representación y la trasmisión del significado y con los desfases entre subjetividades, se pueden superar mediante el uso de un sistema compartido de signos.

Mientras que la teorización de la comunicación en la tradición cibernética como “procesamiento de la información”, explica como todas las clases de sistemas complejos, ya sean vivo o no vivos, macro o micro, son capaces de funcionar y de porque a veces no funcionan bien.

La cibernética tiene credibilidad a la hora de teorizar sobre la comunicación, en parte, porque apela retóricamente a asunciones generalizadas sobre materialismo, funcionalismo y racionalismo cotidianos. Para la cibernética, la distinción entre mente y materia solo es una distinción funcional como la que existe entre software y hardware.

El pensamiento no es más que procesamiento de la información, y por tanto tiene mucho sentido decir que el pensamiento individual es comunicación “intrapersonal” y que los grupos y las organizaciones también piensan, la

sociedad entera piensa, con el tiempo los robots y los organismo artificiales también pensarán<sup>380</sup>.

### 6.1. MODELOS DE COMUNICACIÓN

La comunicación incluye todas las formas de interacción entre dos cerebros humanos, esta comunicación o interacción de dos seres humanos solo se puede realizar por medio de cambios físicos intermediarios entre ellos. Los mensajes y los pensamientos no se pueden intercambiar de forma directa entre la conciencias de los seres humanos.

La selección y la formulación del mensaje es el resultado de la interacción entre la observación del entorno del mundo real con los procesos de consciencia interna, el individuo fuente libera la señal de comunicación mediante cambios apropiados en el mundo físico real.

Entonces, este cambio se difunde, viajando a través del tiempo y del espacio, alcanza la realidad observable del individuo destinatario que percibe la señal, y finalmente por medio de su actividad consciente el mensaje alcanza su consciencia. La condición necesaria para el éxito de la comunicación es que la fuente debe liberar diferentes cambios en la realidad física para diferentes mensajes, de forma que el individuo receptor pueda distinguirlos.

Toda la comunicación humana está basada en nuestra capacidad lingüística estructurada para extender los límites de nuestros sentidos mediante la inferencia de cómo funcionan las realidades del espacio-tiempo y de la energía-materia, y para imaginar, diseñar y construir tecnologías de comunicación que son capaces de proporcionar y compartir más información de la que está disponible de forma natural a través de nuestros receptores sensoriales.

Los seres humanos, además de pensar, comunicamos nuestros pensamientos con otros seres humanos, por tanto, compartimos información sobre nuestras experiencias, nuestras ideas, nuestras esperanzas, y nuestros temores. Además de la herencia biológica que nos hace humanos, hemos añadido herencias culturales que nos hacen usuarios de tecnologías que extienden nuestro

---

<sup>380</sup> Cf. CRAIG, R. T., «Communication Theory as a Field», en *Communication Theory* 9 (1999), pp. 136, 141, 143.

dominio y control sobre nosotros mismos y nuestro mundo por medio de la comunicación. Parafraseando a Descartes: “nos comunicamos, luego existimos”<sup>381</sup>.

Los sistemas de comunicación en las comunidades humanas utilizan la evolución de un conocimiento común que es el resultado de comunicaciones previas y observaciones comunes, y permanece accesible bien en las mentes humanas o en señales físicas perdurables; el conocimiento común más importante es el lenguaje.

Muchos de los mensajes nuevos no se dirigen a individuos receptores determinados, sino que están relacionados con el conocimiento común, a cuyo desarrollo contribuyen. Por medio de mensajes especiales de consulta, se extrae la información relevante y necesaria de este conocimiento colectivo para formar mensajes de respuesta, esta clase de comunicación colectiva se puede denominar un “sistema de información”.

Este sistema de información debería contener alguna solución para “recordar” el conocimiento colectivo, algo parecido a las instituciones de los hechiceros en las tribus antiguas, los sacerdotes en el antiguo Egipto, las bibliotecas, los registros vitales, el sistema educativo, y entre otros el más importante, el lenguaje.

Pero, al final, el primer paso de la comunicación, la liberación de un mensaje, se realiza por medio de algunos cambios en la realidad física, y el último paso, el reconocimiento del mensaje, es una observación de algunos cambios en la realidad física por medio de los sentidos de un ser humano. El almacenamiento, acceso, distribución y confidencialidad del conocimiento colectivo necesita de soluciones organizadas.

En la actualidad, el proceso de evolución de la comunicación humana ha alcanzado una nueva época. Después de la época del habla y el discurso, y después de la época de la escritura y la imprenta (la Galaxia Guttenberg), nos encontramos en medio de una época nueva, cambiante y revolucionaria, donde los ordenadores, la electrónica, la información, las telecomunicaciones, y las

---

<sup>381</sup> Cf. MORAN, T. P., *Introduction to the History of Communication: Evolutions and Revolutions*, New York 2010, pp. 1-2.

tecnologías multimedia se integran en una infraestructura de comunicación nueva y en un sistema de información digital global.

Las limitaciones espaciales y temporales se han desvanecido, la capacidad de almacenamiento, procesamiento, acceso, y transmisión de datos todavía está creciendo de forma exponencial, y se está construyendo un medio nuevo con servicios de inteligencia en constante evolución para la interacción entre humanos<sup>382</sup>.

En la comunicación mediante el habla y el discurso, dependemos de nuestro “equipamiento” biológico para transmitir y recibir los mensajes, y la velocidad de la comunicación no depende del canal (la voz) sino de nuestra capacidad de pronunciación y de reconocimiento del habla, también producen restricciones la simultaneidad y la limitación de la distancia.

La única solución de registro es la memoria de los individuos vivos. En la siguiente época, la escritura y la imprenta, trajeron la posibilidad de registrar los mensajes del presente para el futuro. Introdujeron nuevas soluciones para lanzar mensajes mediante el movimiento de la mano, y también incluyeron a nuestro sentido más poderoso, la visión del reconocimiento del mensaje. La incorporación, procesamiento, desarrollo, y cambio del conocimiento registrado solo puede hacerse mediante la acción consciente.

Si ignoramos algunas etapas más pequeñas en la evolución de la comunicación, llegamos a nuestra época actual de la informática, la comunicación entre personas se realiza por medio de dispositivos para codificar, transmitir, recibir, y decodificar las señales. Como las señales utilizadas por los dispositivos no se pueden manipular directamente, ni producir, ni observar por los humanos, tenemos que construir interfaces, dispositivos que codifiquen y decodifiquen la interacción ente humanos y máquinas.

Teclados, ratones, pantallas táctiles, micrófonos, cámaras y muchos más dispositivos se utilizan para lanzar primariamente los mensajes humanos, que se transforman en señales electrónicas. En la otra dirección, monitores, impresoras,

---

<sup>382</sup> Cf. BENZÚR, A., «The evolution of human communication and the information revolution - A mathematical perspective», en *Mathematical and Computer Modelling* 38 (2003), pp. 692-693.

altavoces, aparatos de televisión, entornos de realidad virtual, se utilizan para transformar las señales electrónicas en cambios físicos reconocibles por los sentidos humanos, esta es una nueva forma de comunicación con las máquinas.

El concepto de la convergencia de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones y los medios, refleja uno de los efectos más importantes de la evolución, la comunicación de masas. Este concepto pone el dispositivo informático en el centro, aunque en realidad el centro debería estar ocupado por la "comunicación", si consideramos que ésta abarca todos los medios por los que un cerebro humano puede influir la consciencia de otras personas<sup>383</sup>.

Muchos de los factores que caracterizan a una civilización, su ética y su Derecho, su tecnología, su filosofía y religión, su arte y literatura, son formas de información. Las civilizaciones se encuentran limitadas más por la falta de información que por la falta de recursos físicos. Por ejemplo, las civilizaciones clásicas poseían todos los recursos necesarios para crear la imprenta o el telégrafo; los egipcios y los griegos antiguos fracasaron a la hora de construir estas tecnologías solo porque carecían de la información necesaria.

Pero, la limitación de la información también tiene implicaciones más allá de la simple falta de elementos específicos de información. Las limitaciones de información son tanto cuantitativas como cualitativas, ya que una limitación de la producción de información restringe también el número de cosas que una civilización sabe hacer. Una limitación cuantitativa de la información no solo restringe la ciencia y la tecnología, sino otros aspectos como el Derecho, la ética, la literatura y otros. No existe ningún aspecto de la civilización que no se encuentre directamente restringido por la limitación de la producción de información<sup>384</sup>.

## 6.2. REVOLUCIONES DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LAS COMUNICACIONES

Para muchos estudiosos de la historia y de la comunicación, las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones representan una interfaz entre la

---

<sup>383</sup> Ivi, pp. 695-698.

<sup>384</sup> Cf. ROBERTSON, D. S., «The Information Revolution», en *Communication Research* 17 (1990), p. 236.

mente y la materia: constituyen los medios físicos para representar, manipular, transmitir, y almacenar el conocimiento y las ideas.

Por tanto, sería razonable proponer que un cambio importante en las tecnologías de los medios, y en los entornos de comunicación que determinan, estarían relacionados con transformaciones en la vida de la mente y con cambios en la mentalidad colectiva. Además, si se mantiene que las ideas impulsan el comportamiento y la acción, esta misma propuesta implicaría, por extensión, que los cambios en las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones podrían relacionarse con cambios importantes en la sociedad y la cultura, y en términos generales en la condición humana.

Se podría decir, a riesgo de caer en un determinismo tecnológico, que son las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones las que, en gran medida, impulsan la historia. Bajo este punto de vista, los atributos tecnológicos particulares de un medio o de una mezcla de medios prevalentes en una determinada sociedad, condicionan la práctica de la comunicación en esa sociedad, las instituciones y los acuerdos socioculturales que asocian con esas prácticas, y a través de ellas los acuerdos más generales entre las sociedades y los climas culturales<sup>385</sup>.

Harold Innis fue uno de los pioneros del análisis estructural de los fenómenos de comunicación, estableció las bases de las modernas teorías de la comunicación y exploró la función de las tecnologías de la comunicación en la configuración de la cultura y el desarrollo de las civilizaciones. Para Innis, existen dos razones por las que las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones presentan un papel central respecto a otras tecnologías, una es lógica y la otra histórica.

Asume que el hombre se sitúa en una relación única simbiótica con su tecnología. La tecnología es literalmente una extensión del hombre, como el hacha es una extensión de la mano y la rueda del pie; la mayoría de los avances tecnológicos son intentos de extender la capacidad física del hombre. Sin

---

<sup>385</sup> Cf. BLONDHEIM, M., «Discovering “The Significance of Communication”: Harold Adams Innis as Social Constructivist», en *Canadian Journal of Communication* 29 (2004), pp. 119, 120, 122.



embargo, las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones son una extensión del pensamiento, de la consciencia, de las capacidades perceptivas únicas del hombre, y de esta forma, son literalmente una extensión de su mente.

Sugiere también que, desde el punto de vista histórico, los avances fundamentales en las tecnologías se aplican primero a los procesos de comunicación, la era de la mecánica se introdujo con la imprenta, y la era de la electrónica con el telégrafo. La explicación de este hecho histórico se deriva de una concepción de la sociedad basada en un modelo de competición apropiado de la economía y extendido a todas las instituciones sociales. De esta forma los medios de comunicación disponibles influyen de manera importante en las formas de organización social que son posibles, y por tanto influyen en los tipos de asociaciones humanas que se pueden desarrollar en cualquier periodo<sup>386</sup>.

En la aproximación de Innis al análisis de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones existen dos elementos que son relevantes y que merecen ser comentados. El primero hace referencia a que cualquier medio de comunicación o de información se encuentra sesgado en términos del control del tiempo o del espacio. El segundo se refiere a la noción del monopolio del conocimiento, trasplantando el concepto económico de monopolio al campo de la comunicación:

*“A medium of communication has an important influence on the dissemination of knowledge over space and over time and it becomes necessary to study its characteristics in order to appraise its influence in its cultural setting. According to its characteristics it may be better suited to the dissemination of knowledge over time than over space, particularly if the medium is heavy and durable and not suited to transportation; or to the dissemination of knowledge over space than over time, particularly if the medium is light and easily transported. The relative emphasis on time or space will imply a bias of significance to the culture in which it is imbedded”<sup>387</sup>.*

---

<sup>386</sup> Cf. CAREY, J. W., «Harold Adams Innis and Marshall McLuhan», en *The Antioch Review* 27 (1967), pp. 7-8

<sup>387</sup> INNIS, H. A. «The Biass of Communication», en *The Canadian Journal of Economics and Political Science* 15 (1949), p. 457.

En relación con el sesgo del tiempo y el espacio, Innis afirma que los medios de comunicación que son duraderos y difíciles de transportar, pergamino, arcilla y piedra, se encuentran sesgados o ligados al tiempo. Los medios que son ligeros y menos duraderos se encuentran sesgados o ligados al espacio. Así, el papel y el papiro, puesto que son ligeros y fácilmente transportable, están ligados al espacio, se pueden mover a través del espacio con rapidez razonable y con gran precisión y por tanto favorecen la administración sobre grandes distancias.

Cualquier medio de comunicación sesgará la organización social, ya que favorecerá el crecimiento de ciertas clases de intereses e instituciones a expensas de otras, y también impondrá sobre esas instituciones una determinada forma de organización.

Los medios que están ligados al espacio facilitarán el crecimiento de los imperios y fomentarán el interés por la expansión y por el presente favoreciendo la hegemonía de la autoridad política secular. Los medios ligados al tiempo, promueven la preocupación por la historia y la tradición, tienen poca capacidad de expansión de la autoridad secular, y favorece el crecimiento de la religión, la organización jerárquica y las instituciones contraccionistas<sup>388</sup>.

Cuando un cierto medio o los productos de su conocimiento dominan el entorno de la comunicación de una sociedad, la dinámica particular del oligopolio amplifica y perpetúa la dominancia de esos medios y los cuerpos de conocimiento asociados a ellos.

Tal monopolio bloquea la emergencia de alternativas y en última instancia aumenta los efectos de ese medio privilegiado y del conocimiento de sus técnicas, sobre la sociedad y sobre sus perfiles políticos, sociales y culturales. De esta forma, se mezclan la historia material de las luchas por el poder mundial con la lucha comunicativa por el monopolio del conocimiento<sup>389</sup>.

Nuestra era de la información es la última de una serie de revoluciones que definen y abarcan la historia documentada, en cada generación, ha estado presente el deseo de producir y también de consumir comunicación. En nuestros días, cuando la tecnología ha fusionado el ordenador y otros medios de conexión

---

<sup>388</sup> Cf. CAREY, J. W., «Harold Adams Innis and Marshall...», cit. p. 9.

<sup>389</sup> Cf. BLONDHEIM, M., «Discovering "The Significance of..."», cit. p. 123.

como el cable y el satélite, con medios del usuario final como los libros o la televisión, han surgido una serie de oportunidades que encuentran su comparación más cercana en el derrumbe de los viejos límites que se produjo en Europa en el siglo XV con la aparición de la imprenta.

El deseo por recordar algo anotándolo dio lugar durante el curso de milenios al comienzo de la primera revolución de la información. Esta revolución y otras que le siguieron moldearían la humanidad más que lo hizo o podría haber hecho cualquier guerra o cualquier rey. Con estas revoluciones se puso en marcha la historia interminable de la información registrada, la comunicación y almacenamiento de conocimiento fuera del cerebro<sup>390</sup>.

Si analizamos lo que significa una revolución, observamos que la palabra revolución suele implicar un cambio brusco o significativamente rápido (a menudo violento); pero algunas veces las revoluciones pueden ser más sutiles, operando al principio como una evolución, un cambio gradual en el tiempo (que puede durar décadas o siglos) que puede alcanzar una masa crítica capaz de cambiar un determinado sistema, llegando a convertirse en una revolución. En lenguaje cotidiano, el término revolución se suele aplicar como una descripción exagerada de cualquier avance o cambio de la sociedad<sup>391</sup>.

Para que una revolución de la información tenga éxito, los medios que proporcionan las nuevas formas de comunicación se tienen que diseminar dentro de las sociedades que sufren esos cambios, por sí mismas las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones no son nada.

Cuando las personas quieren lo suficiente el cambio como para pasar a la acción, las tecnologías ayudan. Cuando una o más tecnologías de la comunicación y la información llegan en mitad de un cambio social pueden dar lugar a una revolución de la información, que se añade a la agitación, y más importante, deja huellas permanentes en la sociedad.

Como hemos comentado anteriormente, actualmente el mundo se encuentra en medio de una revolución de la información que se identifica como la "Era de la

---

<sup>390</sup> Cf. FANG, I. A., *History of Mass Communication. Six Information revolutions*, Boston 1997, p. XV.

<sup>391</sup> Cf. MORAN, T. P., *Introduction to the History of...*, cit. p. 9.

Información”, producto de la revolución de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones de la segunda mitad del siglo XX. Sin embargo, la segunda mitad del siglo XV que siguió a la invención de la imprenta por Gutenberg, merece tanto como nuestro siglo el calificativo de “Era de la Información”.

También se puede reclamar con fuerza como “Era de la Información” la segunda mitad del siglo XIX que siguió a la invención del telégrafo, y que dio lugar posteriormente al nacimiento del teléfono, la radio, a cambios importantes en la imprenta, y a los primeros experimentos en la televisión y en la tecnología de grabación en cinta<sup>392</sup>.

La comparación de esta revolución actual de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones que estamos viviendo, y a la que el consenso general le atribuye la calidad de ser la más importante de todas, con las características de otras revoluciones importantes que previamente ha sufrido la humanidad, nos proporciona una serie de lecciones que parecen relevantes directamente para lo que se puede decir que estamos sufriendo:

- Darse cuenta del potencial de una nueva tecnología de la información y de las comunicaciones lleva tiempo; mucho más tiempo del que imaginan aquellos que están viviendo esos cambios. Durante los primeros quinientos años desde la invención de la escritura en Oriente Medio, todo lo que se escribía era sobre actividades comerciales y administrativas, oraciones y las inundaciones de Nilo. Las primeras historias, las primeras filosofías no aparecieron hasta uno o dos milenios después. Se tardó más de un siglo y medio desde la invención de la imprenta en Europa, hasta que se imprimió la primera novela y el primer periódico.
- Las nuevas formas de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, en sus primeras etapas que suelen tardar siglos, se reducen primariamente a imitar las formas de comunicación más antiguas. La escritura imitó de muchas maneras las formas de comunicación oral, por ejemplo la Biblia (con sus listas de genealogías, y sus oraciones de alabanzas), o los Diálogos de Platón.

---

<sup>392</sup> Cf. FANG, I. A., *History of Mass Communication. Six Information...*, cit. p. XVI.

- Todas las formas nuevas de comunicación sufren ataques durante esos siglos de sus primeras etapas. Los ataques se producen bien porque la tecnología es relativamente inmadura o porque su novedad es desconcertante. En una sección del Fedro de Platón, se ataca a la escritura concluyendo que debilita la memoria y produce solo una apariencia de la sabiduría. En el siglo XVII, Leibnitz se quejaba de que la horrible masa de libros que seguía creciendo los haría retroceder a la barbarie<sup>393</sup>.

- Las revoluciones de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, aunque puede que no sean sangrientas, producen cambios que pueden ser de gran alcance y alarmantes. Pueden hacer una nueva versión de nuestra visión del mundo.

- Las personas en su momento no están siempre seguras de qué revolución de la comunicación están sufriendo. Con toda seguridad, Platón no se veía así mismo viviendo en la primera era de la generalización de la alfabetización, sino en la era de la retórica o el sofisma.

Todas estas lecciones parece que se pueden aplicar de forma directa a nuestra actual "Era de la Información". Si tenemos en cuenta la juventud de Internet, es probable que todavía no hayamos visto la mayor parte de su auténtico potencial. Es difícil ver que se podría hacer con toda esta potencia de computación, además de procesar textos, enviar correos, manipular hojas de cálculo y acceder a datos.

Podemos observar cómo, en general, Internet y los ordenadores todavía están imitando formas anteriores de comunicación, por ejemplo, tomando prestados modelos de escritorios o de oficinas de correos. No nos debería

---

<sup>393</sup> "Ella (la escritura) no producirá sino el olvido en las almas de los que la conozcan, haciéndoles despreciar la memoria; fiados en este auxilio extraño abandonarán á caracteres materiales el cuidado de conservar los recuerdos, cuyo rastro habrá perdido su espíritu. Tú no has encontrado un medio de cultivar la memoria, sino de despertar reminiscencias; y das á tus discípulos la sombra de la ciencia y no la ciencia misma. Porque cuando vean que pueden aprender muchas cosas sin maestros, se tendrán ya por sabios, y no serán más que ignorantes, en su mayor parte, y falsos sabios insoportables en el comercio de la vida". PLATÓN, *Obras Completas de Platón*, Tomo 2, DE AZCÁRATE, P. (Ed.), Madrid 1872, p. 341.

sorprender que se ataque a Internet y a los ordenadores, que se diga que nos van a sumergir en un mar de información inútil, o que surjan quejas de las vidas virtuales. Y por último, se tiene que considerar la posibilidad de que estas tecnologías digitales cambien nuestra visión del mundo<sup>394</sup>.

En este capítulo se van a identificar cuatro hitos de la historia occidental que encajan perfectamente en la descripción anterior de una revolución de la comunicación y la información, estos hitos históricos son los siguientes:

- Escritura. Con la alfabetización se facilita la civilización, la historia, la literatura y los comienzos de la ciencia. La escritura comenzó esencialmente en Grecia sobre el siglo VIII A.C., con la convergencia del alfabeto fonético importado de los fenicios, y el papiro importado de los egipcios. Al utilizar la escritura para almacenar conocimiento, la mente humana ya no se encontraría restringida por los límites de la memoria, el conocimiento sería ilimitado.
- Imprenta. La imprenta comenzó en Europa en la segunda mitad del siglo XV, con la convergencia del papel, una importación originariamente proveniente de China, pero próxima a las culturas árabes y musulmanas, y el sistema de impresión que ensambló Gutenberg en Alemania. Con la imprenta, la información se expandió a través de numerosas capas de la sociedad. La imprenta se prestó a alteraciones masivas de carácter político, religioso, económico, educativo y personal. A estos cambios les hemos denominado Reforma, Renacimiento, humanismo, mercantilismo, y el final del feudalismo. La imprenta marcó el comienzo del mundo moderno.
- Telégrafo (Tecnologías de la Telecomunicación). Las tecnologías eléctricas dieron lugar al nacimiento de la edad de los medios de difusión modernos. Esta revolución comenzó en Europa occidental y en el este de los Estados Unidos durante la mitad del siglo XIX, con la convergencia de los avances en la producción del papel y nuevos métodos de impresión, pero sobre todo con la invención del telégrafo, que cambió la forma en la que se transmitía la información. Por primera vez, los periódicos y las revistas llegaron a la

---

<sup>394</sup> Cf. STEPHENS, M., «Which Communications Revolutions Is It, Anyway?», en *Journalism & Mass Communications Quarterly* 75 (1998), pp. 9-13.

gente corriente con noticias sobre sucesos cercanos y lejanos. El final del siglo XIX con la aparición de la radio y los comienzos del siglo XX con la aparición de la televisión contribuyeron a que los medios de comunicación e información fueran inseparables de los aspectos de inestabilidad, cambio y agitación política, cultural y psicológica que caracterizaron estos periodos.

- Internet (Tecnologías digitales). Nos convertimos en cibernéticos. La convergencia de los ordenadores, las tecnologías de radiodifusión, por satélite y visuales, y sobre todo la aparición de Internet forjaron la era de la comunicación cibernética.

A continuación se van a analizar los contextos históricos y sociales que caracterizaron estas revoluciones y también se ahondará en las consecuencias de los impactos que supusieron la aplicación de estas Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones.

### 6.3. LA ESCRITURA

La mayoría de los estudiosos asocian la introducción de la escritura con el inicio de la historia. Históricamente, la introducción de la escritura se considera como un indicador referido a algún otro sistema, un símbolo para una serie más grande de cambios que tuvieron lugar en el mismo punto del curso del desarrollo humano, la denominada revolución urbana.

En este sentido, la escritura es tanto el resultado como el objetivo de una estructura social compleja, la cual para su crecimiento se encuentra condicionada intrínsecamente por la disponibilidad, o la carencia, de un sistema de comunicación efectivo. Se observa como la escritura permite un mayor grado de especificidad en la transmisión de la información, y además, como aumenta dramáticamente la cantidad de información que se puede transmitir entre los miembros de una determinada sociedad.

La escritura, en términos de evolución cultural previa solo comparable al lenguaje, jugó un papel único a la hora de cristalizar la consciencia. Los datos individuales y, por medio de símbolos sintácticos, los elementos de procesos de pensamiento, llegaron a ser susceptibles de una formulación en un medio permanente.

Esto permitió una recuperación rápida y segura de la información, y por tanto aumentar el poder de la memoria. Desde sus comienzos, el desarrollo de la cultura humana se ha caracterizado por el desarrollo de características extrasomáticas que extendían el rango de las capacidades más allá de las limitaciones inherentes a la evolución genética.

Se puede definir, por tanto, la escritura como la primera extensión extrasomática de las funciones lógicas del cerebro. Los datos que previamente solo eran accesibles por medio de las funciones somáticas, es decir por la memoria proporcionada por el cerebro, pasaron a transferirse a este medio extrasomático que proporcionaba la escritura<sup>395</sup>.

La escritura vino a servir como un banco de memoria adicional pero, a diferencia con la memoria humana, un banco del que los individuos podían extraer lo que no habían contribuido personalmente. Tal como expresó Giorgio Buccellati:

*“This is the essentially impersonal aspect of the phenomenon of writing: the communication of information, the transmission of knowledge came to be possible without personal contact, without face-to-face communication. Hence knowledge came to have an identity, a hypostasis of its own. It was a way for man to crystallize almost outside of time what were and are, otherwise, essentially fleeting moments of consciousness. A victory over time, perhaps, even if at the expense of the fully human and personal conditions of communication. And yet the immensely greater range of communication which became possible enlarged to an awesome degree the horizon of man’s awareness of his mental universe”<sup>396</sup>.*

La escritura se convirtió entonces en una extensión de las funciones lógicas del cerebro, pero obtenida a través de un medio pasivo. Los datos almacenados se podían manipular solo cuando se extraían del medio y se reinsertaban dentro de los procesos activos del cerebro.

---

<sup>395</sup> Cf. BUCCELLATI, G., «The origin of writing and the beginning of history», en *The Shape of the Past. Honor of Franklin D. Murphy*, BUCCELLATI, G. & SPERONI, C. (Eds.) California 1981, pp. 4, 10.

<sup>396</sup> *Ibidem*, p. 12.



Desde esta perspectiva, se puede comprender mejor el significado de la innovación del procesamiento electrónico de datos, que proporciona precisamente la etapa siguiente en esta línea de desarrollo, es decir, una extensión extrasomática activa de las funciones lógicas del cerebro, mediante la que la información no solo se puede almacenar sino también se puede manipular extrasomáticamente.

La angustia humana consecuente que se puede sentir frente a los nuevos avances de la era digital está en línea con los elementos de impersonalidad que introdujo la escritura hace tiempo en la relación del hombre con el universo<sup>397</sup>.

### 6.3.1. Contexto histórico-social de la escritura

Hace unos 10.000 años, cuando terminó la era glacial, los cazadores recolectores nómadas comenzaron a establecerse en áreas que prometían una mejor lucha por la supervivencia, en los valles de los ríos y las planicies costeras. Surgió la agricultura y la ganadería, y los sistemas de generación-almacenamiento, la transmisión de la información disponibles mediante la oralidad, aumentada por la simbolización gráfica, llegaron a ser inadecuados para enfrentarse a las necesidades de un entorno cambiante y desafiante.

Con las mejoras de las técnicas y tecnologías de las organizaciones sociales, la cultura se transformó configurándose por la metalurgia, la cerámica y la elaboración de herramientas y armas. Todos estos avances se basaban en el instinto humano para el lenguaje que proporcionaba medios para mejorar la vida humana y su supervivencia mediante el control y la comprensión de las fuerzas de la naturaleza.

Lo que se necesitaba para organizar y sostener todos estos desarrollos revolucionarios en la cultura humana, eran formas para dominar y controlar la información y el sistema de mensajes que se necesitaba para mantener esas nuevas sociedades complejas funcionando mediante el equilibrio entre el caos y el orden. Se requirió una evolución cultural que duró un periodo de 5.000 años

---

<sup>397</sup> Ivi.

desde el final de la edad glacial hasta el amanecer de la civilización en el valle del Tigris y el Éufrates, o en el valle del río Amarillo<sup>398</sup>.

La evidencia disponible muestra que la escritura surgió de forma autóctona en tres lugares del mundo: en Mesopotamia sobre el año 3200 A.C., en China sobre el año 1250 A.C., y en Mesoamérica sobre el año 650 A.C. La elaboración de un sistema de símbolos gráficos que representen los sonidos del lenguaje es en sí mismo un logro extraordinario. Sin embargo, también es excepcional la expansión de este sistema entre la sociedad y a través de grandes áreas geográficas.

Al fin y al cabo, la comunicación con la escritura es imposible si el destinatario de un mensaje escrito no conoce el significado de los símbolos escritos. Por tanto, cuando se habla de la diseminación de la escritura, no solo se refiere a la expansión del concepto de representar los sonidos del lenguaje con los símbolos gráficos, sino también se refiere a la expansión de las normas y estándares de lo que esos signos gráficos representan.

La escritura apareció, como se ha dicho, por primera vez sobre el año 3200 A.C. en Mesopotamia, durante un periodo de cambios de gran alcance que coincidió con la construcción de las primeras ciudades. En este tiempo, se alcanzaron todas las condiciones políticas, sociales y culturales necesarias para que se inventara la escritura.

Cuando llegó la escritura, su función era exclusivamente económica, mientras que el arte trataba de lo numinoso, cada signo de la escritura representaba una unidad precisa de una mercancía específica, de las cosas de la vida mundana. Aunque durante milenios, el arte llegó a ser una parte integral de todas las culturas, la escritura permaneció como un patrimonio de unas pocas civilizaciones.

Además, el arte vino sin precedentes, mientras que los signos de la escritura no aparecieron espontáneamente y de forma completa, sino que tanto su forma, significado, formato, como su función económica derivaban de un sistema de

---

<sup>398</sup> Cf. MORAN, T. P., *Introduction to the History of...*, cit. p. 77.

recuento con 4.000 años de antigüedad que usaba contadores de arcilla denominados fichas, que evolucionó hasta la escritura<sup>399</sup>.

La ciudad de Uruk, en el sur de país, era próspera y comenzó a dedicarse al comercio a larga distancia para importar las materias primas de las que carecía, el templo del dios tutelar se convirtió en un gran centro administrativo, sometido a la autoridad de un líder religioso y político.

Las relaciones se volvieron complejas y los administradores del templo tenían que gestionar movimientos de personal, salarios, y entradas y salidas de mercancías y rebaños de animales. Puesto que la capacidad de la memoria humana es limitada, llegó a ser necesario encontrar un sistema nuevo de referencia unificado que permitiera que la información oral se preservara y se pudiera recuperar posteriormente en forma hablada. Así es como nació la escritura. Representaba símbolos de la sociedad en imágenes.

Por tanto, en los primeros intentos de escritura, los conceptos nuevos se representaron en formas abstractas. Por ejemplo, la palabra para oveja, el animal que tenía que contarse un mayor número de veces, se representó primero como una cruz en un círculo, el animal en su recinto. Por tanto, la escritura comenzó como una simple ayuda para la memoria pero, durante los siglos siguientes, tanto su forma como su contenido se desarrollaron de forma gradual<sup>400</sup>.

Coincidiendo con el desarrollo de las ciudades, este sistema de fichas de arcilla de los antiguos sumerios, que se utilizaba para contar ovejas y vacas y otras mercancías como aceite, cerveza y cereales, incrementó su variedad, algunas estaban perforadas y se podían ensartar juntas y otras se guardaban en envoltorios de arcilla o burbujas (*bullae*) de forma que podían indicar una transacción sencilla.

Se ha sugerido que el paso desde las fichas hasta la escritura comenzó cuando se hicieron marcas sobre esos envoltorios para indicar su contenido. Estas marcas crearon el puente entre las fichas y la escritura y constituyeron ya la primera escritura verdadera. Todos los dieciocho signos que denotaban las

---

<sup>399</sup> Cf. SCHMANDT-BESSERAT, D., & ERARD, M., «Origins and Forms of Writing», en *Handbook of Research on Writing*, BAZERMAN, C. (Ed.), New York 2008, p. 8.

<sup>400</sup> Cf. ANDRÉ-SALVINI, B., «The birth of writing», en *The Unesco Courier* (1995), p. 11.

mercancías y que aparecieron después sobre las tablillas estándar de arcilla procedían de esas marcas para las fichas<sup>401</sup>.

Esta clase de signos todavía no componen un sistema de escritura completo, puesto que carece de una sintaxis, es decir, un sistema para relacionar unos signos con otros. Esta sintaxis comenzó primero con la invención de signos separados para los números con el resultado de que en vez de representar tres ovejas por medio de tres fichas, una para cada oveja, el sistema nuevo podía representar las tres ovejas con dos signos, uno para el número tres y el otro para el nombre, la oveja. Incluso aquí, lo que había era más un sistema de recuento que un sistema de escritura completo.

Todos los sistemas de escrituras del mundo moderno evolucionaron a partir de estos sistemas que no capturaron cosas, ni pensamientos, sino el patrón de sonidos del lenguaje que estaban acostumbrados a utilizar para representar<sup>402</sup>.

La escritura resultó ser una cosa bastante útil de poseer, y una vez que se descubrió las gentes cercanas tendieron a adoptarla. Japón adoptó los caracteres chinos junto con las palabras que representaban, y comenzaron a representar las palabras japonesas con los mismos caracteres, y después modificaron los caracteres para adaptarlos a sus nuevas necesidades.

Los caracteres sumerios fueron adoptados por muchos lenguajes entre los años 2500 y 1000 A.C. Antes de esto, la idea de la escritura sumeria se adaptó para los jeroglíficos egipcios, aunque la gramática egipcia es muy diferente de la gramática sumeria, ya que los jeroglíficos acabaron representando palabras pero no sílabas completas, y sin vocales. En cambio los jeroglíficos egipcios proporcionaron la materia prima para la escritura consonántica considerablemente simplificada que dio lugar a la escritura fenicia en el norte y la escritura del sur de Arabia hacia el sur<sup>403</sup>.

---

<sup>401</sup> Cf. SCHMANDT-BESSERAT, D., «From Tokens to Writing: the Pursuit of Abstraction», en *Bulletin of the Georgian National Academy of Sciences* 175 (2007), pp. 163-164.

<sup>402</sup> Cf. OLSON, D. R., «The History of Writing» en *The SAGE Handbook of Writing Development*, BEARD, R., MYHILL, D., NYSTRAND, M., & RILEY, J. (Eds.), Londres 2009, p. 11.

<sup>403</sup> Cf. DANIELS, P. T., «On beyond alphabets», en *Written Language & Literacy* 9 (2006), p. 10.

Los desarrollos subsiguientes que dieron lugar al alfabeto, se debieron principalmente a las consecuencias del préstamo. Cuando se toma prestada una escritura, que representa de forma adecuada a un lenguaje, para representar a otro lenguaje, los signos se “leen” de una forma nueva. Los signos para palabras de una sílaba, pasan a ser tratados como signos para una sílaba sencilla en un lenguaje de palabras multisilábico.

Así los signos para palabras en un lenguaje pasan a tratarse como signos de sílabas cuando se toman prestados por otro lenguaje. Esto es lo que ocurrió cuando los logogramas sumerios se tomaron prestados para representar el lenguaje semítico Acadio. Una característica notable de esta clase de signos silábicos o silabarios, es que carecen de los signos para las vocales.

La transición final desde la escritura consonantal hasta la escritura alfabética tuvo lugar de forma única en el mundo, cuando la escritura semítica se adaptó a un lenguaje no semítico, el griego. Efectivamente, se atribuye generalmente al talento de los griegos la aparición de los signos distintivos de las vocales. Sin embargo, la historia no parece ser tanto de genialidad como de adaptación del silabario semítico Fenicio a las propiedades lingüísticas del griego hablado.

La serie de veintidós signos gráficos fenicios con el orden memorizado comenzando por *aleph*, *bet*, *gemel*, eran adecuados para representar el rango completo de significados, y se podía considerar que los signos representaban no solo las sílabas sino también los sonidos consonantes del lenguaje<sup>404</sup>.

Los griegos añadieron las vocales a la escritura sobre el año 750 A.C. En el alfabeto griego, se encuentra ya el principio de la aproximación fonética entre los signos escritos y el habla. Se ha sugerido que los griegos utilizaban la escritura para propósitos ordinarios, como la identificación de objetos de interés, sin embargo, como las transacciones comerciales podían realizarse con la escritura de sus socios comerciales fenicios, algunos autores han sugerido que, la necesidad de añadir las vocales y su interés por la exactitud fonética de su escritura surgió

---

<sup>404</sup> Cf. OLSON, D. R., «How writing represents speech», en *Language & Communication* 13 (1993), pp. 13-14.

específicamente para anotar los versos griegos, cuando quisieron transcribir los poemas épicos de Homero<sup>405</sup>.

Aunque la invención de los signos para las vocales tuvo una gran importancia, se acepta ampliamente que el desarrollo del alfabeto, como el desarrollo anterior del silabario, fue más o menos una consecuencia directa de la aplicación de una escritura que representaba de forma adecuada un lenguaje a un segundo lenguaje, para el que no era completamente adecuada. Mientras que para los fenicios las diferencias vocálicas no eran importantes, en griego las diferencias vocálicas marcaban diferencias de significado.

Además, las palabras podían consistir solo de una vocal, podían empezar con una vocal y no era raro que dos vocales fueran juntas en una palabra, Para corregir esta deficiencia, seis de los signos que representaban sonidos desconocidos para los que hablaban griego, se tomaron prestados para representar los sonidos vocálicos aislados. De esta forma, las sílabas se descompusieron en parejas de consonantes y vocales, y así nació el alfabeto<sup>406</sup>.

Los Etruscos y Romanos asumieron el alfabeto Griego, y dieron lugar a las formas que tienen las letras hoy en día. Este alfabeto Griego también modeló una serie de alfabetos del Oriente Cristiano, tales como el Copto, Armenio, Georgiano, Gótico, Glagolítico y Cirílico. El alfabeto Romano se expandió por todo Europa occidental y más recientemente por todo el mundo, y fue también el origen de las runas Germánicas y la escritura ogámica Irlandesa.

Otro descendiente de la escritura Fenicia fue la escritura consonántica Aramea. Entre sus descendientes se encuentran las escrituras de apariencias tan distintas como la Hebrea y con algunos cambios sofisticados, todas las escrituras de la India y más allá<sup>407</sup>.

En síntesis, lo que comenzó hace cuatro o cinco milenios como un instrumento nemotécnico para mantener registros, pasó a ser un medio de comunicación, la escritura, que fue rápidamente adaptado para servir a diferentes

---

<sup>405</sup> Cf. POWELL, B.B., «Why Was the Greek Alphabet Invented? The Epigraphical Evidence», en *Classical Antiquity* 8 (1989), p. 322.

<sup>406</sup> Cf. OLSON, D. R., «How writing represents...», cit. p. 2.

<sup>407</sup> Cf. DANIELS, P. T. «On beyond alphabets...», cit. pp. 10-11.

prácticas sociales en diferentes formas y en diferentes contextos y culturas. La escritura fue capaz de hacer este proceso no solo capturando las estructuras básicas del lenguaje sino también por su capacidad, más desarrollada en algunos contextos culturales que en otros, para realizar el amplio rango de funciones que ejerce el lenguaje.

La escritura, mediante la especialización de algunas de estas funciones para servir a propósitos especiales como la ciencia, el Derecho o el gobierno, dejó su huella en la mayoría del mundo moderno. A través de disposiciones institucionales como círculos de lectores, las Iglesias y las escuelas, la escritura no solo cambió nuestra forma de actuar en el mundo sino también nuestra forma de pensar en el lenguaje, y última instancia de nosotros mismos<sup>408</sup>.

### **6.3.2. Consecuencias históricas de la escritura**

#### *6.3.2.1. Escritura y civilización*

La división tripartita aceptada generalmente para el estudio formal tanto del pasado como del presente de la humanidad, se basa en gran medida en el desarrollo por el hombre primero del lenguaje y después de la escritura. Cuando se observa desde la perspectiva del tiempo, la evolución biológica del hombre desaparece en la prehistoria donde empieza a utilizar el lenguaje, y cuando se añade la escritura es cuando comienza realmente la propia la historia.

Esta diferenciación se basa en los diferentes modos de comunicación, así el lenguaje permitió al hombre alcanzar una forma de organización social cuyo rango de organización y complejidad era diferente al resto de sus congéneres, si la organización social de los animales era fundamentalmente instintiva y se transmitía genéticamente, la del hombre se transmitía en su mayor parte de forma oral a través de la herencia cultural.

La base de estas dos últimas distinciones que se basan en el desarrollo de la escritura es muy clara: en la medida en la que se dispone de una cantidad importante de registros escritos, la prehistoria cede el paso a la historia; y en la medida en la que los escritos alfabéticos y la alfabetización popular implica

---

<sup>408</sup> Cf. OLSON, D. R., «The History of Writing...», cit. p. 15.

nuevas formas de organización y transmisión social, la antropología cede el paso a la sociología<sup>409</sup>.

Tal y como escribió Ignace J. Gelb:

*"To this statement might be added the opinions of many other great men - among them Carlyle, Kant, Mirabeau, and Renan - who believed that the invention of writing formed the real beginning of civilization. These opinions are well supported by the statement so frequently quoted in anthropology: As language distinguishes man from animal, so writing distinguishes civilized man from barbarian"*<sup>410</sup>.

Es cierto que la escritura fue en gran medida la responsable del cambio decisivo que transformó al hombre primitivo en un hombre civilizado. Como comentamos anteriormente, en todas las partes del mundo antiguo la escritura apareció en un tiempo caracterizado por un desarrollo simultáneo de todos los elementos que en conjunto forman lo que denominamos generalmente civilización.

En todos los lugares en los que apareció la escritura, ésta vino acompañada por un considerable desarrollo del gobierno, las artes, el comercio, la industria, la metalurgia, amplios medios de transporte, agricultura completa y domesticación de los animales. En contraste, los periodos previos sin escritura dan la impresión de unas culturas con una estructura más bien primitiva.

Algunos autores no ven la necesidad de urgir a la introducción de la escritura como el factor responsable del nacimiento de la civilización original. Parecería más bien que todos los factores, geográficos, sociales y económicos, condujeron de forma simultánea hacia una completa civilización, creando un complejo de condiciones que podrían haber funcionado sin la escritura.

Es difícil imaginar, en nuestra sociedad moderna, a una persona inteligente y culta que no supiera leer y escribir, el arte de escribir ha llegado a extenderse tanto que forma parte integral e indispensable de nuestra cultura. Ya quedan muy lejos aquellos tiempos en los que los reyes analfabetos de la Edad Media firmaban con una cruz. En la actualidad, una persona analfabeta no puede esperar

---

<sup>409</sup> Cf. GOODY, J., & WATT, I., «The consequences of Literacy», en *Comparative Studies in Society and History* 5 (1963), p. 304.

<sup>410</sup> GELB, I. J., *A Study of Writing*, Chicago 1963, p. 221.



participar con éxito del progreso humano, y esto que es cierto para las personas, también lo es para cualquier grupo de individuos, estratos sociales o unidades étnicas.

Se puede comprender fácilmente la importancia de la escritura si intentamos imaginar nuestro mundo sin ella, donde estaríamos sin libros, o sin periódicos. Qué les ocurriría a nuestros medios de comunicación si perdiéramos de pronto la habilidad de escribir, y que le ocurriría a nuestro conocimiento si no tuviéramos forma de leer sobre los logros de nuestro pasado. La escritura es tan importante en nuestra vida diaria que algunos piensan que nuestra sociedad podría existir con mayor facilidad sin dinero, televisores, coches o electricidad, que sin la escritura<sup>411</sup>.

En la transición desde una sociedad humana que depende de la comunicación oral hasta una sociedad basada en la escritura, tienen lugar una serie de eventos que afectan a nuestra manera de vivir y a nuestro sentido de identidad, un punto importante hace referencia a la "fijación".

Tanto los textos escritos como orales realizan lo que está presente de forma virtual en el lenguaje, mediante la selección de una combinación de sonidos, palabras y frases para crear un significado. Sin embargo, el texto escrito interrumpe la volatilidad del lenguaje hablado, fija su significado en una forma material mediante su inscripción en estatutos de piedra, tablillas de arcilla, en rollos de papiros, o en hojas de papel. De forma paradójica, este intento de petrificar el significado crea una distancia con el significado, porque las palabras se externalizan y se objetivan sobre una material externo al cuerpo humano.

El segundo punto hace referencia a que el texto es liberado de la custodia del autor, porque la presencia simultánea del autor y el que habla ya no se necesita para la interpretación puesto que el autor no puede explicar el significado pretendido al lector. El contexto del lector participará en la respuesta al texto y por tanto, generará un nuevo significado, adaptado a las diferencias de tiempo y localización entre el escritor y el lector.

Esto no quiere decir que el significado del texto tenga que ser determinado por la respuesta del lector, porque el texto será leído por muchos lectores que

---

<sup>411</sup> Ivi, pp. 221-222.

pueden discutir sus interpretaciones de la escritura y formarán una cadena de textos que lo mantienen en flujo constante.

Tampoco significa que el texto vaya a ser desbordado con significados discontinuos, porque el mismo hecho de que la fragmentación haría que el texto no tuviera sentido implica que los lectores se sentirán limitados por los significados anticipados y previos, y por tanto contribuirán a la continuidad del significado<sup>412</sup>.

Un tercer aspecto está relacionado con cambio desde una referencia ostensiva, referida a un medio ambiente compartido, hasta una referencia no ostensiva que consta de un mundo que se crea mediante textos que se refieren unos a otros (creando un contexto compartido).

El distanciamiento de la referencia ostensiva está presente en el lenguaje hablado, puesto que se puede hablar de algo o de alguien que está ausente o en otro lugar (distanciamiento del "aquí") o de sucesos que ocurrieron en el pasado o que ocurrirán en el futuro (distanciamiento del "ahora"). El lenguaje permite planificar, basándose en escenarios imaginarios, como pueden evolucionar el pasado y el presente. El lenguaje escrito, expande esta virtualización del "aquí" y "ahora", permitiendo en una mayor extensión reinventar tanto el pasado (recordando) como el futuro (planificando).

El último aspecto es la creación de un público virtual ilimitado, que permite a las personas formar comunidades translocales que no necesitan compartir ese medio ambiente local, en tanto que compartan un contexto común como el que genera los textos. Este desplazamiento de una comunidad de "cara a cara" a una sociedad de extraños, fue la condición que posibilitó los grandes imperios, incluso si solo una clase ilustrada tenía acceso a los textos que los mantenían juntos como entidad política<sup>413</sup>.

---

<sup>412</sup> Cf. GEISLER, D. M., «Modern Interpretation Theory and Competitive Forensics: Understanding Hermeneutic Text», en *National Forensic Journal* III (1985), p. 73.

<sup>413</sup> *Ibidem*, p. 74.

### 6.3.2.2. *Escritura y Derecho*

En una sociedad con una tradición oral, sin duda habrían algunas personas que debían resistirse a la idea de hacer que el Derecho fuera dependiente de la palabra escrita, reivindicando que la práctica de la escritura del Derecho confundiría la práctica oral del Derecho. La escritura empezó su historia como un monopolio de una clase de escribas y haciendo que el Derecho dependiente de la escritura expandiera enormemente el monopolio de los instruidos.

En una tradición oral, el Derecho hablado se ejercía por un tribunal que practicaba la mediación, y se requería la cooperación de las partes que básicamente eran homólogos del juez. El Derecho escrito creó jerarquías nuevas y segmentación en la sociedad, lo cual no fue beneficioso necesariamente para la mayoría iletrada.

A pesar de que los sistemas de signos denominativos eran fáciles de aprender, e incluso cuando estos signos se suplementaban con recursos fonéticos de tipo silábico, todavía quedaban muchas dificultades. Está claro que hubo otras características del sistema social que también fueron responsables de la forma en la que finalmente se desarrollaron los sistemas de escritura, sin embargo, existe un hecho llamativo cualquiera que fuera su causa, y es que tanto en Egipto, como en Mesopotamia y en China, surgió una élite letrada de expertos religiosos, administrativos y comerciales que se mantuvieron a sí mismos como una burocracia gobernante centralizada de características similares.

Por supuesto que estos diferentes logros sociales e intelectuales fueron enormes, pero en relación con la participación de la sociedad en su conjunto en la cultura escrita, existía una gran brecha entre la cultura letrada esotérica y la cultura oral exotérica, una brecha que los instruidos estaban interesados en mantener<sup>414</sup>.

El documento más destacado de toda la historia de Mesopotamia es el código de Derecho de Hammurabi, escrito durante el siglo XVIII A.C. en el lenguaje semítico babilonio, grabado en una estela de diorita de 2.25 metros de altura por 50 cm de anchura y colocado en los templos. Entre las cerca de trescientas leyes que promulgó este denominado "Poderoso Rey de las Cuatro

---

<sup>414</sup> Cf. GOODY, J., & WATT, I., «The consequences of Literacy...», cit. pp. 313-314.

Partes del Mundo” se encontraba un sistema de escritura estándar reformada para las tierras que había conquistado, y que se extendían desde la actual Siria hasta Irán.

En Atenas, en el siglo V y VI A.C., ya se consideraba un tópico que el Derecho escrito trajo la justicia a todos por igual, y por tanto constituía la base para la democracia. Así, por ejemplo, Tasio un personaje de la tragedia *Suplicantes* de Eurípides decía:

*“Cuando las leyes están escritas, tanto el pobre como el rico tienen una justicia igualitaria. El débil puede contestar al poderoso con las mismas palabras si le insulta; vence el inferior al superior si tiene a su lado la justicia”<sup>415</sup>.*

Esta estrecha relación entre justicia, democracia y Derecho escrito, aparentemente ya se había confirmado con anterioridad en la codificación de las leyes escritas de Solón. Aristóteles criticaba a los espartanos y a los cretenses porque determinaban los casos mediante su propio juicio y no por el Derecho escrito, en una clara comparación con el estado de Derecho de Atenas.

En la Grecia posterior, el Derecho escrito fue de hecho un medio para controlar los juicios arbitrarios, y en Atenas fue central para la democracia, las razones originales por las que se escribieron las leyes no alteran estos fundamentos. Está claro que el Derecho escrito es fundamental para controlar los criterios arbitrarios; cuando la justicia está en manos de unos pocos ancianos y se gobiernan por leyes no escritas, es más probable que se produzcan juicios arbitrarios y aparezcan inconsistencias.

El hecho de que muchas comunidades arcaicas, una vez que tuvieron una serie de leyes, se determinaron a que estas leyes no cambiaran, sugiere que existía una ansiedad por que las leyes podían de hecho cambiar; el escribir las leyes fue un medio para que fueran estables por mucho más tiempo<sup>416</sup>.

Cuando el Derecho escrito externaliza las normas jurídicas materializándolas en la forma de inscripciones en piedra, arcilla, rollos y libros, se les proporciona una existencia independiente. El Derecho ya no estaba en la boca

---

<sup>415</sup> EURÍPIDES SUPLICANTES, *Tragedias II*, Madrid 1995, p. 29.

<sup>416</sup> Cf. THOMAS, R., «Written in Stone? Liberty, Equality, Orality and the Codification of Law», en *Bulletin of the Institute of Classical Studies* 40 (1995), pp. 73-74.

de los jueces sino que ahora se podía encontrar en un trozo de papel que ahora podría sobrevivir al juez, al legislador que lo promulgó, y a la primera generación que se sometió a su jurisdicción. Esto implica un distanciamiento o virtualización del significado del Derecho.

Además, la externalización del Derecho permite una perdurabilidad en el tiempo y en el espacio que permite un cambio del Derecho local al Derecho translocal. Esto supone un distanciamiento del autor del Derecho y crea la necesidad de una interpretación reiterativa del significado del mismo.

Esta interpretación recurrente produce una acumulación de comentarios y de comentarios de comentarios, generando nuevos textos que se nutren de referencias intertextuales. A su vez, se crea la necesidad de una clase de juristas (escribas) que guardan la coherencia intrasistemática y la continuidad histórica del Derecho. La profesión jurídica nace como consecuencia de la necesidad de la interpretación y sistematización de los textos jurídicos.

Cuando se establece una jurisdicción translocal, la condición necesaria para un orden político translocal es la existencia de un Derecho escrito, que una norma promulgada por unos pocos puede regular la vida de muchos, puesto que los destinatarios del Derecho no necesitan tener un relación personal directa. La igualdad frente a la ley consiste en su misma distancia de la ley.

Como, en principio, el Derecho escrito tiene un público ilimitado, permite la formación de una gran escala de cuerpos sociales y jurisdicciones. De hecho, los gobiernos absolutistas dependían del Derecho escrito, ejecutado por un ejército de funcionarios que eran controlados desde el centro de un territorio extenso, todos restringidos por el mismo Derecho.

Por tanto, el Derecho escrito facilitó la emergencia del estado moderno, ejerciendo un control moderado sobre un territorio extenso mediante el Derecho, iniciando el instrumentalismo jurídico (el estado por Derecho). Al mismo tiempo, el Derecho escrito produjo una clase de juristas profesionales que controlaban la

coherencia del Derecho, estableciendo los fundamentos de la autonomía del Derecho que inicia el estado de Derecho<sup>417</sup>.

Como hemos comentado, la transición del Derecho oral al Derecho escrito transformó el Derecho. Estos ejemplos del mundo antiguo nos ponen de manifiesto la importancia de la escritura para el Derecho, en concreto hay dos conceptos que merecen un comentario en mayor profundidad.

El primero es la idea de la tradición jurídica, como fundamento necesario del sistema jurídico que ayuda a explicar la normatividad del Derecho y como se relaciona el Derecho con el mundo. La palabra “tradición” proviene del latín *traditio*, que significa transferencia o transmisión, o transporte.

El concepto se ha visto influido por la palabra y algunos mantienen que la tradición es el proceso de comunicación del conocimiento, de una doctrina o de una técnica. Otros dicen que la tradición es una serie de repeticiones indefinidas de una acción. Sin embargo, en el Derecho se dice que la tradición y el Derecho en sí mismo es algo que ha llegado hasta nosotros desde el pasado, capturando la idea de la tradición como información. Si la tradición se ve como información, ésta tiene que ser objeto de transmisión.

Un aspecto importante es cómo se produce esta transmisión o *traditio* de la información. Si tenemos en cuenta que la mayoría de la información generada por el mundo ha desaparecido para siempre, víctima de las fuerzas irresistibles de la entropía, el primer elemento de la *traditio* se encuentra necesariamente en la captura de la información.

Es precisamente la captura de la información la que permite retener y controlar la información, y esto finalmente puede permitir el acceso de otros a esta información. Se controla la información por medio del lenguaje que se almacena en la memoria, pero ya hemos discutido como este almacenamiento mejoró notablemente con la aparición de la escritura, por tanto la escritura sobre

---

<sup>417</sup> Cf. HILDEBRANDT, M., «A Vision of Ambient Law» en *Regulating Technologies. Legal Futures, Regulatory Frames and Technological Fixed*, BROWNSWORD, R., & YEUNG, K. (Eds.), Portland 2008, p. 184.

objetos o en papel tuvo también una importante influencia sobre la tradición jurídica<sup>418</sup>.

El otro concepto está relacionado con la naturaleza de las normas de reconocimiento de Hart. Herbert L. A. Hart en su libro “El Concepto del Derecho” afirma:

*“Donde quiera se acepte tal regla de reconocimiento, tanto los particulares como los funcionarios tienen criterios con autoridad para identificar las reglas primarias de obligación. Los criterios así dados pueden, como hemos visto, asumir una o más formas diversas: entre ellas se encuentran la referencia a un texto revestido de autoridad; una sanción legislativa; a la práctica consuetudinaria; a las declaraciones generales de personas especificadas; o a decisiones judiciales pasadas, dictadas en casos particulares”<sup>419</sup>.*

Es importante destacar como Hart deja claro que esta noción de las normas de reconocimiento es incompatible con el Derecho primitivo. Afirma que el paso del Derecho primitivo al Derecho como tal puede realizarse en etapas distinguibles, siendo la primera de ellas la escritura de las normas hasta entonces no escritas.

---

<sup>418</sup> Cf. GLENN, H. P., «Doin’ the Transsystemic: Legal Systems and Legal Traditions», en *McGill Law Journal* 50 (2005) pp. 872-873.

<sup>419</sup> HART, H. L. A., *El Concepto del Derecho*, Buenos Aires 2009, pp. 125-126. En los fundamentos de los sistemas jurídicos modernos, no es suficiente con que los grupos sociales obedezcan las normas solo porque se sientan amenazados por los soberanos (los cuales normalmente no obedecen ninguna norma), sino que es necesario aceptar y utilizar una serie de normas secundarias de reconocimiento que permitan identificar las normas primarias de obligado cumplimiento. La Norma de Reconocimiento Fundamental de Hart, se asienta firmemente en la adaptación social de que lo que él llama aspecto interno de las normas jurídicas. Hart discrimina entre normas jurídicas primarias que definen que conductas se prescriben prohíben o permiten, y las normas jurídicas secundarias que definen la competencia para reconocer, cambiar o adjudicar las normas jurídicas primarias. Esta distinción entre normas jurídicas primarias y secundarias se ha convertido en un enfoque clásico dentro de la teoría del Derecho.

Esta etapa crucial sería el reconocimiento de la referencia a la escritura como autoritativa, por tanto, como las normas de reconocimiento solo pueden existir como una práctica, no pueden existir normas primarias en un sistema que estuviera en una forma no escrita. Su ausencia significaría que la ausencia de un objeto formalmente discernible de normas de reconocimiento, lo cual supondría una regresión al Derecho primitivo<sup>420</sup>.

#### 6.4. LA IMPRENTA

Al principio, a la imprenta se le denominó como “escritura artificial” (en oposición a la “escritura natural”), en un sentido parecido al que denominamos en la actualidad como “inteligencia artificial”. La tecnología de la impresión comenzó realmente en China, poco después del siglo X D.C. con la invención de la fabricación del papel a partir de tejidos. Pi Sheng inventó los caracteres móviles también en China sobre el año 1041. Esta invención se desarrolló para su uso amplio en Corea, sustituyendo los caracteres de arcilla por tipos metálicos en 1241.

En 1456, Johann Gensfleisch (a quien conocemos hoy en día como “Gutenberg”) inventó, de forma independiente, la imprenta con caracteres metálicos móviles. Gutenberg vivía en Mainz, Alemania, un área donde se utilizaban ampliamente las prensas para el vino, y modificó una de estas prensas para imprimir palabras sobre papel. Como era también orfebre, Gutenberg conocía la fundición de los metales, y fabricó letras metálicas que se colocaban de forma temporal en marcos para imprimir una página, y entonces se reutilizaban para imprimir otro material.

Esta tecnología nueva, como comentaremos más adelante, supuso una distribución más extensa de los libros; hasta la llegada de Gutenberg un copista habilidoso podría reproducir solo dos libros al año. Un impresor que utilizara la imprenta de Gutenberg podía imprimir un libro al día.

Por tanto, no es de extrañar que la fecha de la invención de Gutenberg se acepte normalmente como el inicio del periodo de 150 años del Renacimiento durante el que la civilización occidental salió de la Edad Oscura para entrar en la

---

<sup>420</sup> Cf. GLENN, H. P., «Doin’ the Transsystemic...», cit. p. 889.



iluminación de la ciencia, la enseñanza universitaria, y la rápida expansión del conocimiento en el mundo<sup>421</sup>.

Lo que Gutenberg produjo y que no existía en Asia fue en realidad un sistema de imprenta. Entre sus elementos más obvios se encontraban los caracteres alfabéticos controlados, de dimensiones exactas fundidos en metal. Inventó los moldes de los caracteres, todas las letras fundidas individuales eran de la misma altura y se podían colocar en filas. Un marco de madera sujetaba los tipos de una página firmemente en su lugar para la prensa manual.

Aunque se habían realizado esfuerzos para producir libros mediante la impresión con bloques, los resultados no fueron satisfactorios, ya que la talla de un bloque de madera para cada hoja de un libro no era práctico. Gutenberg encontró una solución mejor, haciendo moldes para cada letra individual que se podían utilizar una y otra vez.

Una demanda del año 1444 hace referencia a dos alfabetos de acero, y se conoce que, en 1450, Gutenberg imprimió con tipos móviles para la publicación de la Biblia de 36 líneas, es decir 36 líneas por página. Con los años, refinó su método para alrededor de 1457-1458, imprimir la Biblia más famosa de 42 líneas de 1.282 páginas a dos columnas.

Los miles de escribas que trabajaban en Europa no desaparecieron de un día para otro, las copias a mano continuaron durante décadas, pero al igual que ocurre hoy en día, los productos hechos a mano eran mucho más caros. Como la cantidad de tipos era limitada, y no se había inventado el estereotipo, los impresores de libros solo podían imprimir una docena de páginas al día. Como resultado la edición sencilla de un libro era adecuada para tachonarse con variantes, ya que los agobiados autores eran capaces de corregir sus textos solo en mitad del proceso de impresión.

Los términos *upper case*, que significa letras mayúsculas, y *lower case*, minúsculas nacieron en esta época. Las primeras cajas ("case") en las que los impresores guardaban sus tipos estaban divididas horizontalmente, con las letras mayúsculas almacenadas en la caja superior y las minúsculas en la caja inferior.

---

<sup>421</sup> Cf. ROGERS, E. M., *Communication Technology: The New Media in Society*, New York 1986, p. 27.

Las numerosas imprentas que estableció la Iglesia de Roma fueron mayoritariamente las responsables de que el suministro de libros, que en unas pocas décadas cambió de ser escritos a mano a ser impresos, cambiara de la escasez a la abundancia.

Todos los pequeños estados, ciudades y obispados que existían, en lugar de crear una autoridad central fuerte habían creado un poder político fragmentado en Europa. Se estableció una competición política entre diferentes islas de poder, lo cual potenció la imprenta ya que en todos los tiempos la gente que compiten con otras siempre usa los medios de comunicación a su servicio.

Gutenberg, al inventar la imprenta, también inventó la repetición industrial. La revolución de la información que comenzó en el siglo XV florecería en la revolución industrial del siglo XIX<sup>422</sup>.

El primer establecimiento de imprenta lo fundó Gutenberg y sus ayudantes. Mantuvieron el monopolio durante cerca de una década hasta que se imprimió la Biblia en Estrasburgo en 1459. En sus primeras décadas, la imprenta permaneció en manos casi exclusivamente alemanas, y en los años 1470s la imprenta estaba controlada por un grupo pequeño de especialistas impresores, laicos instruidos que dirigían las imprentas y jugaban una función importante en la edición.

A menudo, estos especialistas impresores eran antiguos sacerdotes o profesores de universidad que llevaban una vida nómada moviéndose a los lugares donde la demanda de libros era más alta: primero a los principales centros comerciales y luego a las ciudades universitarias.

La mayoría de las ciudades universitarias se convirtieron en centros de impresión, ya que garantizaban un mercado que atraía a los impresores y los animaba a establecerse allí. En Alemania y en Italia particularmente, la imprenta se extendió rápidamente en los años 1470s, y en los años 1480s el uso de la imprenta llegó a ser casi universal a través de toda Europa occidental<sup>423</sup>.

La situación de España en la periferia de Europa, junto a la falta de grandes universidades y de una vida urbana próspera, hizo sin duda que la imprenta

---

<sup>422</sup> Cf. FANG, I. A., *History of Mass Communication. Six Information...*, cit. pp. 38-40.

<sup>423</sup> Cf. RUBIN, J., «Printing and Protestants: an Empirical Test of the Role of Printing in the Reformation» en *Review of Economics and Statistics* 96 (2014), p. 272.

llegara con visible retraso. Unos veinte años después del establecimiento de la imprenta en las ciudades europeas, en los primeros años de la década de 1470, se instauró la imprenta en nuestro país.

Atraídos por patrocinadores o por la aparición de un mercado creciente, distintos impresores se desplazaron a España, instalándose en diferentes ciudades. La primera ciudad española en la que se instaló la imprenta fue Segovia, su obispo Juan Arias Dávila, con el objetivo de imprimir textos para la formación del clero trajo la imprenta a su ciudad.

Esta primera imprenta estuvo dirigida por el alemán Juan Párix, impresor de origen alemán que provenía de Italia. Este impresor realizó cerca de ocho ediciones entre los primeros años de la década de los setenta, siendo una de sus impresiones el denominado “Sinodal de Aguilafuente”, que es aceptado ampliamente como el primer libro impreso español<sup>424</sup>.

#### **6.4.1. Contexto histórico-social de la imprenta**

Las Edades Oscuras de la civilización europea duraron casi mil años, pero a mitad del siglo XIV los cambios estaban claramente en marcha. Una pequeña glaciación a comienzo del siglo redujo las cosechas y dejó a la población presa del hambre y de la enfermedad, a través de Asia llegó a Europa la plaga bubónica. Entre 1348 y 1350 la Muerte Negra mató aproximadamente a una de cada tres personas, aunque no se puede saber con seguridad, cerca de 20 millones de personas murieron solo en Europa.

Los supervivientes aturridos cayeron en una turbulencia social y económica, asolados por todos los pecados mortales que la pereza, la avaricia y el libertinaje podían reunir. La plaga bubónica se transmitía por las ratas y las pulgas, pero los supervivientes ignorantes de esto buscaron otras explicaciones.

Se culpó al demonio y a los judíos, siguieron masacres descontroladas, a pesar de las pocas voces razonables que apuntaban que todos juntos estaban muriendo de la plaga. Si la masacre de la última Cruzada y la devastación de la plaga no fueran suficientes, Europa se embarcó en la Guerra de los Cien Años y

---

<sup>424</sup> Cf. DE LOS REYES-GÓMEZ, F., «Segovia y los orígenes de la imprenta española», en *Revista General de Información y Documentación* 15 (2005), p. 123.

todavía en otra Cruzada fallida. Una década después de la primera oleada de plaga bubónica, siguió una segunda menos mortífera pero no menos espantosa. Impregnó toda Europa con un profundo sentido de la fatalidad, una tercera ola de plaga comenzó en 1373.

Se produjo el gran cisma de occidente entre los Papas de Roma y Avignon. Este fue el siglo también de los fanáticos “flagelantes” (fueron uno de los grupos que sentía que lo que se necesitaba era una vida moderada, y estaban de acuerdo con la mayoría en que la plaga era el resultado del pecado humano), la revolución campesina en Inglaterra y la excentricidad de la danza obsesiva que condujo a la gente en Holanda, Flandes y Renania a danzar hasta la extenuación acompañados de saltos, gritos y visiones religiosas. Parecía que todo se derrumbaba<sup>425</sup>.

Sin embargo, el comercio empezó a demandar atención y empezaron los primeros movimientos en el establecimiento de pueblos, ciudades, universidades y bancos. Los nobles empezaron a separarse de sus sirvientes en sus casas, y se dio un primer paso para satisfacer el deseo humano de privacidad, que hasta entonces era desconocido.

Las noticias del exterior provenían de tercera o cuarta mano, por medio de monjes itinerantes, soldados, vendedores ambulantes, y los perdonadores que iban de pueblo en pueblo vendiendo la absolución de los pecados. La mayor parte de la gente ni conocía ni le interesaba el resto del mundo lejano.

Los pocos afortunados que estaban instruidos, no tenían muchas cosas disponibles para leer, la mayoría de los reyes y nobles no sabían ni leer ni escribir, la Biblia no se podía traducir a la lengua vernácula y solo los religiosos poseían copias en latín.

La mayoría de la información se alcanzaba de forma oral (rumores, sermones, canciones, cuentos), pero la tecnología vino a cambiar la situación ya que los caros papiros fueron reemplazados por papel que se producía localmente. La invención de las gafas ayudó a que los ojos viejos y cansados leyeran más. Al final del siglo, la alfabetización ya se consideraba una prueba de inteligencia.

La cantidad de escritos se había multiplicado considerablemente. Para los académicos, además de la Biblia, tenían libros de artes y de ciencia, además de

---

<sup>425</sup> Cf. PESCHKE, Z., «The Impact of the Black Death», en *ESSAI* 5 (2007), pp. 111-112.

romances y otros tópicos. Los *rotula* monásticos (boletines informativos que circulaban entre los monasterios), los servicios de mensajería de los comerciantes, y el sistema postal familiar nuevo de la familia Taso, plantaron las raíces para un servicio europeo de correo.

Todo lo anterior supuso el sustrato fértil para el cambio, para la Reforma de la Iglesia, y para el Renacimiento provocado por el descubrimiento de los manuscritos clásicos Griegos y Romanos<sup>426</sup>.

#### 6.4.2. Consecuencias históricas de la imprenta

La historia de la primera imprenta se desarrolló gracias a una interacción fructífera ente el desarrollo de nuevas tecnologías y el despliegue de nuevas ideas. El espíritu del Humanismo comenzó en Italia en el siglo XIV y rápidamente se expandió desde allí por toda Europa.

Los humanistas en su firme creencia en la capacidad del hombre para aprender, creían que a través de la gran sabiduría de los autores clásicos podrían educar a sus contemporáneos, particularmente en la ética. Así, su lema *ad fontes* (regreso a las fuentes) no significa en absoluto un retroceso sino por medio de sus aspectos positivos y didácticos una orientación hacia delante.

La fundación de las universidades fue una indicación evidente de los cambios intelectuales, Praga en 1348, Leipzig en 1407, y Mainz en 1477; por primera vez el laicismo tuvo la oportunidad de alcanzar la educación formal de forma independiente o en adición a la educación monástica.

En última instancia, esta reforma fue el prerrequisito para la aparición de la primera sociedad moderna del Sacro Imperio Romano, de la Nación Alemana y de sus muchos principados. Los humanistas se dieron cuenta muy rápidamente de las posibilidades genuinas de la imprenta y las utilizaron en su interés.

La Iglesia, de forma inteligente, también previó el impacto del nuevo medio, por ejemplo el Obispo Nicolás de Cusa aclamó la ventaja de imprimir textos litúrgicos idénticos para estandarizar los servicios litúrgicos. La Iglesia, como principal autoridad administrativa del último periodo de los tiempos medievales,

---

<sup>426</sup> Cf. FANG, I. A., *History of Mass Communication. Six Information...*, cit. pp. 18-20.

usó la imprenta para obtener la impresión de cartas de indulgencias en grandes ediciones de varios miles de copias.

El estudio de los títulos de los primeros libros impresos revela una gran popularidad de los textos que habían sido referentes durante mucho tiempo durante la época de la escritura a mano; libros como la Biblia, la gramática latina de Elio Donato, y antologías de autores clásicos.

De hecho pasaron cerca de treinta años hasta que el nuevo medio desarrolló un libro de su propio carácter, con respecto a esto, por ejemplo, los libros comenzaban con una página con el título, sus páginas estaban numeradas, y contenían los textos nuevos de los humanistas y nuevas ediciones de los autores clásicos. Gracias a la invención de Gutenberg, se hizo posible la circulación del conocimiento en grandes ediciones de libros que fueron incluso de una belleza similar a los que habían salido de las mejores *scriptoria*.

Aunque el latín siguió siendo durante bastante más tiempo el lenguaje académico, las lenguas vernáculas tomaron más preponderancia a partir de finales del siglo XVI. Los periódicos, revistas, diarios, y panfletos proporcionaron la información general y en última instancia dieron lugar al nacimiento de la opinión pública y crearon un foro para la reforma de la Iglesia y de la sociedad. Sólo la industrialización y la mecanización en el siglo XIX prepararon el camino para la expansión de la profesión impresora<sup>427</sup>.

En relación con las consecuencias económicas de la imprenta, los economistas no han encontrado evidencias del impacto de la nueva tecnología en términos de productividad agregada o renta per cápita, tanto como que hasta la mitad de los años noventa del siglo pasado no encontraron evidencia de una ganancia de productividad asociada a las tecnologías de la información basadas en los ordenadores.

La explicación convencional es que los efectos económicos de la imprenta fueron limitados: cualquiera que fueran los avances, tuvieron lugar en un sector pequeño marcado por la elasticidad de los precios modestos. Sin embargo, la investigación histórica sugiere que la imprenta transformó la manera en la que las

---

<sup>427</sup> Cf. FÜSSEL, S., «Gutenberg and Today's Media Change», en *Publishing Research Quarterly* 16 (2001), p. 4

ideas se difundían, promoviendo la acumulación de capital humano, y jugó un papel esencial en la evolución de las prácticas comerciales.

La imprenta fomentó el conocimiento y las habilidades que eran valiosas para el comercio, los medios impresos jugaron un papel importante en el desarrollo de la numeración, el surgimiento de la educación comercial, y la adopción de innovaciones en la auditoría y la contabilidad.

Con el acceso a transporte acuático barato, las ciudades portuarias se posicionaron para beneficiarse de las innovaciones en la práctica comercial. En este aspecto, la imprenta proporcionó beneficios especiales a las ciudades portuarias, más allá de las ventajas asociadas solo por la localización.

La innovación depende del coste del acceso al conocimiento existente, y en este aspecto la imprenta fue uno de los inventos más importantes a la hora de reducir el coste de acceder al conocimiento, además de que constituyó un medio superior para almacenar y diseminar la información.

La imprenta produjo la mayor transformación radical de la vida intercultural en la historia de la civilización occidental, la imprenta creó nuevas posibilidades para la actividad intelectual combinada. Se ha sugerido que las consecuencias de la imprenta eclipsaron en comparación a todo lo ocurrido desde la aparición de la escritura. Los economistas han observado que los cambios tecnológicos se impulsan por el intercambio y la mezcla de ideas, y esto sugiere que los cambios en la forma en las que las ideas se almacenan y transmiten pueden tener consecuencias de largo alcance<sup>428</sup>.

El arte de la impresión se extendió rápidamente por toda Europa. Se hicieron muchos esfuerzos para mejorar la eficacia de la prensa de madera, y fue Wilhem Hass en Basilea, quien siguiendo el diseño básico de la prensa de madera en 1787, desarrolló la primera imprenta manual totalmente de metal que producía una mejor calidad de impresión.

La idea de que se pudiera utilizar en la impresión un cilindro rotatorio para superar el excesivo esfuerzo manual se propuso a comienzos del siglo XVII, pero no fue hasta 1811 cuando el inventor alemán Friedrich Koenig patentó la primera

---

<sup>428</sup> Cf. DITTMAR, J. E., «Information Technology and Economic Change: the Impact of the Printing Press», en *The Quarterly Journal of Economics* 126 (2011), pp. 1133-1135.

impresión cilíndrica impulsada a vapor. Un progreso posterior lo realizó el propio Koenig y su asociado Andreas Bauer en 1818, con la imprenta de doble cilindro, en la que el papel pasaba de un cilindro a otro para imprimirse en la otra cara.

En el siglo XIX se realizaron intentos para mecanizar la composición de los textos. Pero el verdadero avance lo alcanzó en 1884, un relojero de origen alemán en Estados Unidos cuando inventó la máquina de linotipia, que podía disponer seis mil caracteres por hora (en comparación con los mil cuatrocientos que se podían poner a mano).

También en Estados Unidos, en 1897 el ingeniero alemán Tolbert Lanston separó las operaciones de configuración y moldeado de los tipos con su máquina de monotipia. En este sistema la calidad de los caracteres era tal que llegó a ocupar una posición predominante en la impresión de libros.

El desarrollo de técnicas fotográficas, la utilización de programas de ordenador para exponer los caracteres sobre una película, la introducción de la técnica de reconocimiento de caracteres ópticos (OCR), la utilización de luz laser y la grabación digital de los caracteres abrió la puerta a posibilidades revolucionarias en la transmisión a alta velocidad, vía satélite o mediante cable de fibra óptica, a nivel mundial.

El final del invento de Gutenberg llegó al fin en 1972, cuando de forma desapercibida para el público los miembros de la asociación de tipógrafos (*Verein der Schriftgieerei*) de forma unánime decidieron la disolución de su asociación. Sin embargo, la influencia de Gutenberg y la expansión de la información que inició, como analizaremos a continuación, tuvo efectos extraordinarios sobre el conocimiento del hombre corriente<sup>429</sup>.

#### 6.4.2.1. Los estudios de Eisenstein

La relación entre la invención de la imprenta y el origen de la civilización moderna es especialmente importante porque la explosión de información que produjo la imprenta es la única que se puede estudiar en detalle. Curiosamente,

---

<sup>429</sup> Cf. MERKLI, W., «From movable type to the microchip. Landmarks in printing», en *The Unesco Courier* (1988), pp. 8-9.



la mayoría de los historiadores no se han caracterizado por prestar mucha atención a esta invención tan crucial.

Uno de los primeros investigadores en estudiar las consecuencias de la invención de la imprenta fue Elizabeth Eisenstein, la cual sorprendida por la casi ausencia de estudios detallados sobre estas consecuencias, llegó a escribir:

*“What were some of the most important consequences of the shift from script to print? Anticipating a strenuous effort to master a large literature, I began to investigate what had been written on this obviously important subject. To my surprise, I did not find even a small literature available for consultation. No one had yet attempted to survey the consequences of the fifteenth-century communication shift.*

*(...)[yet [I] embarked on a decade of study – devoted primarily to becoming acquainted with the special literature (alas, all too large and rapidly growing) on early printing and the history of the book”<sup>430</sup>.*

En general, la principal contribución de Eisenstein consiste en destacar como la imprenta y la cultura que desarrolló como resultado de la disponibilidad del material impreso tuvo una influencia muy grande en las actuaciones de los colectivos instruidos en el inicio de Europa moderna.

Examina la naturaleza de la imprenta como agente de cambio sobre los movimientos culturales del principio de la modernidad, entre ellos el Renacimiento tardío, la Reforma y la Revolución Científica. Los estudios de Eisenstein sostienen que la capacidad de la imprenta para preservar el conocimiento y permitir la acumulación de información, cambiaron fundamentalmente la mentalidad de los lectores modernos y que esto tuvo repercusiones que transformaron la sociedad. La aparición de los materiales impresos significó que ya no era necesario que los académicos buscaran manuscritos raros y dispersos para copiarlos<sup>431</sup>.

La nueva tecnología permitió la cantidad. Una vez que se había creado un libro, en teoría ya no existía limitación sobre el número de copias que se podían

---

<sup>430</sup> EISENSTEIN, E., *The Printing Revolution in Early Modern Europe*, Cambridge 2005, p. 15.

<sup>431</sup> *Ibidem*, pp. 123-124.

producir. Este volumen permitió una mayor distribución, junto con una mayor oportunidad para su preservación.

La capacidad para imprimir grandes tiradas de libros de forma barata y rápida significó que los libros impresos como fuente de información llegaron a ser abundantes y a estar disponibles. Esto explica por qué, en un periodo determinado a partir de 1475, han sobrevivido más libros impresos en comparación con los manuscritos.

Los historiadores se lamentan de la escasez de información disponible cuando su investigación necesita utilizar manuscritos, a menudo, el material de los manuscritos se encuentra disponible por accidentes fortuitos. Aunque algunos lectores copiaban los textos impresos a mano, un retroceso a la única forma en la que los libros circulaban en la época anterior a la imprenta, era más rápido para un lector o un académico comprar el libro, aunque esto conllevara enviar una orden de pedido y tener que esperar a su entrega.

Una vez que se recibía el libro, se podía acceder al texto de forma inmediata y no había necesidad de copiarlo y devolver el ejemplar al propietario. De esta forma, los textos circularon en grandes cantidades a través de una audiencia ampliamente dispersa<sup>432</sup>.

Eisenstein estableció una serie de rasgos que caracterizan a los textos impresos y que los diferencian de manera sustancial de los anteriores textos manuscritos. La primera característica es la "difusión"; la distribución de la información aumentó con los textos impresos no solo por su cantidad sino también por su disponibilidad y llegó a diferentes localizaciones. La mayor disponibilidad de los textos aumento el impacto sobre la accesibilidad del conocimiento y en su momento también con la utilización de tipos de letra más accesibles<sup>433</sup>.

La imprenta permitió también la "estandarización" de los textos, cada copia tenía paginación y diseño idénticos y también incluían información idéntica sobre el editor y la fecha de publicación. Este contenido estandarizado permitió un discurso también estandarizado.

---

<sup>432</sup> Cf. HARVEY, D. J., *The Law Emprynted and Englysed*, Auckland 2012, pp. 12-13.

<sup>433</sup> Cf. EISENSTEIN, E., *The Printing Revoultion in Early...*, cit. p. 47.

La imprenta permitía también una mayor flexibilidad en la organización y la “reorganización” del material y su presentación. Con esta otra característica de la imprenta, el material se ordenaba mejor utilizando la imprenta que en los códices manuscritos. Las innovaciones como tablas, catálogos, índices y referencias cruzadas dentro del texto eran características de la imprenta<sup>434</sup>.

La imprenta aceleró el proceso de fabricación de errores que ya estaba presente en la cultura de los escribas. Al mismo tiempo, la difusión hizo que los errores, al ser observados por más lectores, fueran más obvios, la imprenta creó redes de corresponsales y solicitudes de críticas en cada edición. La capacidad de establecer un sistema, aunque fuera informal, de captura de errores, junto con su corrección en las ediciones posteriores, supuso una ventaja importante atribuible a la imprenta.

Otras dos características del texto impreso son la “fijación” y la “preservación”. Estos rasgos permitieron que llegaran a estar más disponibles y fueran más irrevocables. Ya no se podría volver a decir que al firmar la proclamación de un decreto, esto se hacía siguiendo la costumbre inmemorial, ya que la versión impresa fijaba la costumbre en su lugar y en su tiempo<sup>435</sup>.

Todas estas características de la imprenta se encontraban disponibles para los usuarios de los textos impresos, tanto para estudiantes, abogados, jueces, administradores, autores, y para el Estado y sus funcionarios, es por tanto lícito sugerir que la imprenta tuvo un papel determinante en los cambios que se produjeron en su época.

#### 6.4.2.2. *La imprenta y el Renacimiento*

El Renacimiento tardío asistió a una serie de sucesos singulares y de gran importancia, desde la revolución Copernicana, el descubrimiento de América o la Reforma, que fueron cruciales para el desarrollo de la civilización moderna. Cuando se examinan en detalle estos acontecimientos decisivos, todos tienen una cosa en común: están implicados fuertemente libros impresos en cantidades hasta entonces inauditas.

---

<sup>434</sup> Ivi, p. 56.

<sup>435</sup> Ibidem, p. 87.

Como escribió Owen Gingerich:

*“The early 1500s were times of vast changes. Oceanic navigators opened new continents and an age of exploration. Da Vinci and Dürer coupled mathematics with art to capture new harmonies of proportion and perspective. Martin Luther successfully set into motion a reformation of the Church. The fall of Constantinople in 1453 and the consequent westward dispersal of scholars and manuscripts brought a fresh sense of the ancient intellectual heritage to Europe. Innovation became accepted as a desirable goal in itself.*

*Meanwhile, the explosive spread of printing with movable type beginning in the 1450s fanned the sparks of all these movements, including the reform of astronomy. Without printing, Copernicus would have been deprived of the vast majority of his source materials. Even five decades earlier, he could not easily have found the requisite information that built his *De revolutionibus* into the greatest astronomical treatise of its century. And without printing, his manuscript might have languished, virtually forgotten, on the shelves of the cathedral library”<sup>436</sup>.*

El libro de Copérnico tuvo una distribución muy amplia, había unas mil copias en circulación en siglo XVI con diversidad geográfica. Aunque este número puede parecer reducido si lo comparamos con las tiradas de las impresiones de nuestros tiempos, en su momento se encontraban muy lejos del alcance de todas las civilizaciones anteriores a la imprenta.

No se podría haber imaginado que el trabajo de Copérnico hubiera tenido una influencia tan grande si hubiera permanecido como un manuscrito sin publicar. Aunque este libro es importante, es solo un ejemplo de la avalancha de información que estuvo disponible de forma repentina después de la invención de la imprenta.

Los libros esenciales para el descubrimiento de América fueron trabajos de geografía y de historia natural, por ejemplo, Colón poseía al menos cuatro de los libros recién impresos. Estos libros están preservados en la actualidad y contienen notas al margen de su propia mano, una generación anterior hubiera sido

---

<sup>436</sup> GINGERICH, O., «Copernicus and the Impact of Printing», en *Vistas and Astronomy* 17 (1975), p. 202.

imposible que alguien como Colón tuviera el poder adquisitivo necesario para poseer varios libros.

Es posible que la revolución científica de los siglos XVI y XVII fuera una respuesta necesaria y forzada al gran aumento de producción de información que siguió a la invención de la imprenta. La misma gran cantidad de nueva información forzó el desarrollo de técnicas para manejar estas grandes cantidades de información. Estas técnicas implican procesos que se encuentran en el centro de los métodos científicos modernos.

Por tanto, una explicación simple, aunque posiblemente parcial, de muchos de los logros sin precedentes del Renacimiento, lo proporciona el efecto explosivo de la repentina e incomparable abundancia de información<sup>437</sup>.

La importancia de la imprenta en la Reforma, también es indiscutible. Aquí el libro esencial fue la Biblia, el primer libro impreso y todavía el que mantiene el record de volúmenes impresos. Esta relación entre esta tecnología de la información y de las comunicaciones y la Reforma es tan importante que la comentamos en el apartado siguiente.

#### 6.4.2.3. *La imprenta y la Reforma protestante*

La gran mayoría de los estudiosos de la Reforma están de acuerdo que las 95 Tesis de Lutero sirven como una referencia conveniente para el comienzo de la Reforma, sin embargo existe un debate considerable sobre qué es lo que hizo Lutero para desencadenar la tormenta que sumió la mayor parte de Europa en el siglo XVI y después.

Aunque no está claro si Lutero realmente clavó las tesis en la puerta de la Iglesia de Todos los Santos de Wittenberg, la cuestión importante es como unas tesis para una disputa académica rutinaria en una universidad menor en una esquina insignificante del Sacro Imperio Romano, logró catapultar a su autor a la fama e infamia internacional en unos pocos meses.

No se han conservado copias de las tesis originales, lo cual no es sorprendente, teniendo en cuenta que nadie tenía idea de lo que estaba a punto de suceder, y de que nadie en ese momento prestaba atención a este joven profesor.

---

<sup>437</sup> Cf. ROBERTSON, D. S., «The Information Revolution...», cit. pp. 240-242.

Poco después de que se publicaran, en una pequeña tirada, las 95 Tesis en latín, Lutero predicó un sermón que publicó después en alemán como “Un Sermón sobre Indulgencias y Gracia” (*Eynn Sermon von dem Ablasz und Gnade*). La clave aquí fue el cambio del latín al alemán, ya que había mucha más gente capaz de leer (y oír leer) un pequeño texto en alemán<sup>438</sup>.

Martín Lutero no fue un simple publicista dentro de una constelación más grande. Más bien fue el publicista dominante. Según algunos autores, dominó una enorme campaña de propaganda y de movimiento de masas en un grado tal que nadie ha logrado superar desde entonces (ni siquiera Lenin, Mao Tse-tung o Patrick Henry).

La Reforma procuró el primer intento importante y auto-consciente de utilización de la recientemente inventada imprenta para configurar y canalizar un movimiento de masas. La imprenta permitió a los publicistas evangelistas lo que hasta entonces había sido imposible: el alcanzar rápida y efectivamente a una gran audiencia con un mensaje destinado a cambiar la Cristiandad.

Durante varios años cruciales, estos publicistas evangelistas emitieron miles de panfletos desacreditando la antigua Fe y defendiendo la nueva, y se las arreglaron para lograrlo con poca oposición seria por parte de los autores que defendían la Fe Católica<sup>439</sup>.

La Reforma no solo procuró la primera “campaña mediática” a gran escala, sino que también fue una campaña dominada abrumadoramente por una persona, Martín Lutero. Se imprimieron y reimprimieron más trabajos de Lutero que de cualquier otro autor. De hecho, en los años cruciales desde 1518 a 1525, las imprentas de los landers de habla alemana produjeron sustancialmente más trabajos vernáculos de Lutero que de los otros diecisiete autores evangelistas principales juntos.

---

<sup>438</sup> Cf. HEGE, B. A. R., *Luther Goes Viral: Mass Communication in the Lutheran Reformation* (2017), en [http://digitalcommons.butler.edu/facsch\\_papers/981](http://digitalcommons.butler.edu/facsch_papers/981) (Consultado 10/10/2017), p. 2-3

<sup>439</sup> Cf. EDWARDS, M. U. JR., *Printing, Propaganda, and Martin Luther*, Berkeley 1994, pp. XII, 1.

Durante la vida de Lutero, estas imprentas produjeron cerca de cinco veces más trabajos en alemán de Lutero que de todos los católicos juntos. Entre 1521 y 1545, solo un dieciséis por ciento de los libros fueron escritos por católicos, esto evidencia como los representantes de la Iglesia no tuvieron éxito en la imprenta a la hora de hacer frente a los reformistas<sup>440</sup>.

Aunque Lutero primero hizo circular sus Tesis de forma privada, las ediciones impresas surgieron rápidamente en Leipzig, Magdeburgo, Núremberg y Basilea. La producción literaria de Lutero fue inmensa, escribió trece tratados que vendieron sobre trescientas mil copias entre 1517 y 1520, y se propagaron rápidamente por todo el imperio por media de copias impresas.

El mensaje de Lutero se extendió inicialmente por las ciudades libres de Alemania. Con amistades poderosas de Lutero nombrando predicadores comprensivos con sus ideas, ciudades como Núremberg aceptaron pronto la Reforma.

En la confederación suiza surgió un movimiento contemporáneo encabezado por Ulrico Zuinglio, que abrazó muchos principios similares a los de Lutero (aunque Zuinglio no fue de ninguna manera un discípulo directo de Lutero y ambos discrepaban en muchos puntos de su doctrina). En 1520, en muchas ciudades libres del sur de Alemania, como Constanza y Estrasburgo, se captaron mensajes híbridos Lutero-Zuinglio.

Normalmente, la Reforma entraba en las ciudades por medio de los esfuerzos de un grupo pequeño de sacerdotes y académicos instruidos y cultos, que asumieron por sí mismos la propagación de los mensajes de Lutero o de Zuinglio. Muchos de estos reformadores eran bastante fervorosos, y cuestionaban de forma agresiva a la congregación sobre la naturaleza del culto y las prácticas de la jerarquía eclesiástica.

El movimiento se extendió tan rápidamente gracias a los esfuerzos de estos reformadores, la mayoría de los cuales habían tenido posiciones en la Iglesia establecida y se podían dirigir a las masas de forma directa desde el púlpito.

---

<sup>440</sup> Cf. CROFTS, R., «Reform, and the Catholic Reformation in Germany (1521-1545)», en *Sixteenth Century Journal* 16 (1985), pp. 373-378.

Los reformistas perfeccionaron el uso de pequeñas libretas o panfletos como herramienta de propaganda y agitación. Normalmente en formato cuartilla (es decir, hechas de pliegos doblados dos veces para formar cuatro hojas u ocho páginas), sin cubierta, estos panfletos eran manejables, relativamente baratos, fáciles de ocultar y de transportar, y en consecuencia fácilmente muy convenientes para entregar su mensaje a una gran audiencia popular.

Se podían transportar con facilidad por los vendedores ambulantes, y pregonar en las esquinas de las calles y en las tabernas, anunciarse con cascabeles, y esconderse con rapidez en un bolso bajo la ropa, cuando aparecían las autoridades. Estos panfletos eran ideales para hacer circular un mensaje subversivo puesto delante de los oponentes de la reforma. Aunque en esta época la mayoría de la gente era analfabeta, los panfletos estaban escritos de tal manera que podían leerse en voz alta en lugares públicos de reunión<sup>441</sup>.

Existen evidencias que ilustran la afirmación de que aquellos que se mantuvieron firmes al Catolicismo ignoraron el potencial propagandístico de la imprenta. Es posible que los teólogos Católicos y los estadistas que estaban acostumbrados desde mucho tiempo al poder y a la autoridad sintieran poca necesidad de experimentar con métodos de comunicación de masas radicalmente nuevos.

La reticencia Católica se reforzó por los hábitos palpables de utilizar métodos de comunicación orales, visuales y ceremoniales. Por ejemplo, hasta tan tarde como 1520, las iglesias Católicas todavía demandaban libros litúrgicos escritos a mano para su utilización, y había cierto número de eclesiásticos que se negaban a orar con un libro impreso. Aunque para los reformistas también fue importante la palabra hablada dentro y fuera del púlpito, sin embargo, la dimensión de la imprenta parece que constituyó un aspecto primario sino genérico del proceso de la Reforma<sup>442</sup>.

Parte del ingenio de Lutero como reformador fue su rápido reconocimiento del poder de la palabra impresa para llevar a cabo su disputa con el papado y

---

<sup>441</sup> Cf. RUBIN, J., «Printing and Protestants: an Empirical Test...», cit. pp. 272-275.

<sup>442</sup> Cf. COLE, R. G., «The Reformation in Print: German Pamphlets and Propaganda», en *Archive for Reformation History* 66 (1975), p. 93.



para articular sus preceptos teológicos. Sus primeros críticos dentro de la Iglesia se escandalizaron primero y después se alarmaron por el descarado cortejo del público en general, que Lutero ejercía por medio de manifiestos y sermones impresos. Se hizo patente inmediatamente la conexión entre el libro y la Reforma.

Las principales características que nos permiten comprender la relación entre la imprenta y la Reforma, que algunos autores denominan el “paradigma alemán”, son las siguientes:

- El dominio de la imprenta por parte de los reformadores.
- La rápida expansión de la imprenta hacia numerosos centros de impresión; los textos populares se reimprimían localmente.
- Dificultad de controlar la difusión de las ideas disidentes.
- Victoria de la lengua vernácula sobre el latín.
- Importancia de la imagen para la divulgación del mensaje entre los no instruidos.

Cuando los contemporáneos de Lutero advirtieron, a menudo con gran alarma, el fenómeno nuevo de los libros que mezclaban sátira, invectiva, y enseñanza en un mezcla poderosa (o venenosa) en la lengua corriente de la laicidad, acertaron cuando identificaron un cambio fundamental en los términos del debate religioso.

La desventaja en la que se encontraban los oponentes de Lutero se vio intensificada por su reluctancia a verse respaldando este cambio que suponía intercambiar argumentos e insultos en la lengua ordinaria. Los autores reformadores funcionaron apenas sin oposición. De hecho los autores Católicos fueron incapaces (con algunas excepciones) de ofrecer una respuesta creíble a gran escala a la avalancha reformista hasta años sino décadas después de que se pusiera en marcha la Reforma<sup>443</sup>.

Cuando Lutero comprendió la importancia que una imprenta “adecuada” podía tener para su empresa, se aseguró de poseer las infraestructuras locales necesarias. Justo en 1519, al principio del movimiento y a pesar de que en

---

<sup>443</sup> Cf. PETTEGREE, A., & HALL, M., «The Reformation and the Book», en *The Historical Journal* 47 (2004), pp. 785, 789-790.

principio tenía preferencia por la palabra hablada, Lutero y otros profesores hicieron una campaña exitosa para que el hijo de Melchior Lotter, que era el muy valorado impresor de Leipzig, se instalara en Wittenberg.

Este impresor trabajaba con letras Hebreas, Griegas y Latinas, que ya había utilizado antes en Basilea el impresor humanista Froben. Para las personas educadas, el tipo de letras de Froben aumentaban inmediatamente la autoridad de lo que se había escrito. Solo esta infraestructura hizo posible que una parte esencial de la difusión por la imprenta de las ideas luteranas se controlara localmente y en Wittenberg, a pesar de que esta era una ciudad marginal recién llegada al oficio de la imprenta<sup>444</sup>.

Los críticos de Lutero, desde su primera aparición en el escenario público, dirigieron el debate hacia cuestiones de autoridad. Cuando finalmente Lutero respondió en los medios de comunicación vernácula, sus críticos vieron como tomaba un planteamiento inherentemente subversivo para diseminar su mensaje peligrosamente subversivo.

Por su desafío a las autoridades tradicionales de la Cristiandad occidental, el magisterio papal, las decisiones de los concilios, las enseñanzas de los Padres Latinos y Griegos, las opiniones de las universidades, y la interpretación tradicional de las Escrituras, Lutero se convirtió en un hereje. Sin embargo, al dirigir su desafío hacia el público en general, a través de los medios de comunicación y en su lenguaje vernáculo, también se convirtió en un rebelde.

Para los defensores de la antigua Fe, fue bastante terrible que Lutero denunciara al papado, rechazara el estado espiritual del clero, repudiara el monasticismo y el celibato, y redefiniera los sacramentos y otras prácticas de la Cristiandad tradicional. Lutero agudizó esta gravedad cuando difundió su programa entre la gente corriente, por medio de miles de panfletos vernáculos.

En esos primeros años, la mayor parte de las disputas giraron en torno a la cuestión de la autoridad, quien gobierna y con qué fundamento, quien decide y con qué fundamentos, la imprenta no solo extendió el conflicto hasta los rincones más recónditos del Sacro Imperio Romano de la nación alemana y más allá, también favoreció de forma inherente la posición de Lutero en la disputa. La

---

<sup>444</sup> Cf. RUBLACK, U., *Reformation Europe*, Cambridge 2017, pp. 80-81.

imprenta, no solo transmitió el mensaje de Lutero sino que de una manera decisiva también lo integró.

El éxito enorme de la propaganda de Lutero le confirió gradualmente una autoridad personal insólita. Los que se impresionaban con su mensaje tendían a tener un concepto elevado del mensajero. Los que concordaban su mensaje con las profecías bíblicas del anticristo y el final de los tiempos se inclinaban a considerar a Lutero dentro de las categorías bíblicas de los profetas y los santos. Por tanto, los medios de comunicación permitieron a Lutero adquirir una autoridad carismática que también se pudo poner en práctica en sus publicaciones<sup>445</sup>.

#### 6.4.2.4. *El índice de libros prohibidos*

La censura no se presta fácilmente a una definición, es difícil tratar de comprenderla en una definición breve porque la censura siempre es una idea que se compromete con nuestros prejuicios, penetra en el nivel donde se configura nuestra moralidad y nuestras costumbres, y modela nuestras actitudes hacia nuestra noción general del estado de Derecho.

La censura es una idea que provoca reacciones intensas, tanto positivas como negativas. Se considera a la censura como un indicador de la civilización y una medida del racionalismo y liberalismo individual. Se puede definir a la censura simplemente como la restricción, por las autoridades pertinentes, de cualquier formato de materiales intelectuales, literarios o artísticos.

El Diccionario de la Lengua Española define “censurar” con varias acepciones, entre ellas: formar juicio de una obra u otra cosa; corregir o reprobar algo o a alguien; dicho del censor oficial o de otra clase: ejercer su función imponiendo supresiones o cambios en algo.

La palabra “censor” deriva del verbo latino *censere*, que significa “evaluar o valorar”, nuestra noción de censura se retrotrae por tanto a una decisión del Estado Romano en el 443 A.C., que instauró el oficio de censor (el censor originalmente tenía la obligación de tomar un censo de todos los ciudadanos romanos, con propósitos de impuestos, votaciones, y servicio militar, pero con el

---

<sup>445</sup> Cf. EDWARDS, M. U. JR., *Printing, Propaganda, and Martin Luther...*, cit. pp. 6-9.

tiempo el poder del censor creció hasta que eventualmente llegó a ser el árbitro oficial de las costumbres y la moralidad romanas)<sup>446</sup>.

Hay que tener presente que la Iglesia Católica aborda el problema del derecho del hombre al conocimiento con el reconocimiento de que se tienen que observar dos principios fundamentales cuando se determinan los problemas concretos relacionados con la libertad humana.

Primero, que la libertad humana es una de las más preciadas posesiones, basada en la dignidad de toda persona humana como criatura de Dios destinada a una existencia eterna; por tanto esta se debe respetar. Segundo, por el bien de la sociedad y también por el bienestar de los individuos, la libertad personal se debe restringir en ciertas circunstancias.

Esto es particularmente cierto cuando la limitación de la libertad se necesita como un medio para proteger a las personas del pecado o de la moral malvada, lo cual constituiría un impedimento para la consecución de su objetivo final, la felicidad eterna en Dios.

A la hora de determinar el alcance de los derechos del hombre en cuestiones particulares, se tiene que observar un equilibrio justo y razonable entre estos dos principios. Si se exagera la importancia del primero la libertad puede degenerar en conductas licenciosas. Si se insiste demasiado en el segundo, la autoridad puede llegar a convertirse en tiranía y se abre la puerta al totalitarismo.

Estos dos principios se deben coordinar de forma apropiada en uno de los problemas que la Iglesia trata en legislación detallada, el problema del derecho a leer ciertos libros y otras formas de literatura publicada, un problema que se refleja directamente en el derecho a conocer y su libre utilización<sup>447</sup>.

El aumento de libros impresos y el estallido de la reforma protestante aumentaron la presión sobre la Iglesia para contener la tendencia en constante aumento de escritos que amenazaban con ahogar la autoridad espiritual y política de Roma. Fue en este entorno agitado cuando se convocó el Concilio de Trento en

---

<sup>446</sup> Cf. HAGSTROM, A., «The Catholic Church and Censorship in Literature, Books, Drama, and Film», en *Analytic Teaching and Philosophical Praxis* 23 (2003), pp. 147-148.

<sup>447</sup> Cf. CONNELL, F. J., «Censorship and the Prohibition of Books in Catholic Church Law», en *Columbia Law Review* 54 (1954), p. 699.

1545, que finalmente se disolvió en 1563. Aunque la revisión política de la Iglesia sobre la censura no fue de ninguna manera la actividad principal del Concilio, si que fue una parte importante de su misión general, que era la abrumadora tarea de contrarrestar la Reforma.

El Concilio de Trento estableció varios objetivos importantes en el planteamiento de la censura por parte de la Iglesia. Su primera tarea fue revisar y codificar en Derecho la mezcla de regulaciones sobre libros que tenía la Iglesia. En esta dirección, tomó un paso importante cuando estableció a la *Latin Vulgate* como única Biblia para usarse con propósitos litúrgicos y educativos. También decretó que los libros sobre temas religiosos no se podían publicar sin la aprobación de la Iglesia.

En respuesta a las iniciativas tomadas en Trento, el Papa Pablo IV formó la Congregación de la Inquisición en 1557 y le asignó su tarea original, que era estudiar el problema de los libros peligrosos y compilar una lista de trabajos prohibidos. En ese mismo año se confeccionó una lista que no llegó a aprobarse ni a publicarse porque el Papa pensó que tenía un ámbito de aplicación reducido.

Entonces la Inquisición produjo una lista más completa, que se aprobó y publicó en enero de 1559. Este fue el primer índice de libros prohibidos en llevar el título de *Index Librorum Prohibitorum*. Sin embargo, el consenso de las autoridades eclesiásticas fue que el Índice de 1559 era demasiado restrictivo y que el Concilio de Trento tenía que revisarlo. El Concilio no fue capaz de completar este trabajo, de forma que después de la clausura de Trento en 1563, se estableció una comisión papal para proceder a su revisión. El Índice de Libros Prohibidos publicado por el Papa Pio IV en 1564 es el que llegó a ser conocido como *Tridentine Index*., o Índice de Pio IV<sup>448</sup>.

El Índice Tridentino empezaba con una lista de diez reglas que regulaban la censura de los libros. La revisión de las normas indica que el propósito del Índice no era simplemente impedir que materiales cuestionables corrompieran la Fe y la moral Católica. Evidentemente, la Iglesia creía que estaba en juego algo mucho más grande que unas pocas almas individuales. Era el orden social de la misma

---

<sup>448</sup> Cf. SHERIDAN, D. P., «The Catholic Case: The Index of Prohibited Books», en *Journal of Hindu-Christian Studies* 19 (2006), p. 24.

Cristiandad lo que estaba amenazado, y también el papel de la Iglesia como centro espiritual, intelectual y político.

Las reglas Tridentinas se pueden resumir de la siguiente forma:

- Regla 1. Declaraba que todos los libros condenados por la Iglesia antes del año 1515 permanecían condenados, incluyendo los que no se listaban en el Índice Tridentino.
- Regla 2. Prohibía absolutamente todos los libros escritos por autores o líderes de los movimientos heréticos fundados o recuperados después del año 1515. Lutero y Zuinglio se mencionaban por su nombre como pertenecientes a este grupo. Los libros de otros herejes que no trataran de temas religiosos se permitirían con aprobación de los oficiales de la Iglesia.
- Reglas III-VI. Permitía libros traducidos o editados por autores condenados en tanto que no contuvieran nada conflictivo con la doctrina de la Iglesia; las ediciones vernáculas de las Escrituras traducidas por autores Católicos y aprobadas por la Iglesia; libros religiosos vernáculos sujetos a la aprobación de la Iglesia; y colecciones que incluyeran materiales de autores heréticos en tanto que el material fuera eliminado. Estaban absolutamente prohibido las traducciones del Nuevo Testamento de autores condenados antes del año 1515.
- Reglas VII-IX. Libros absolutamente prohibidos, y se recomendaba sanciones graves para la lectura o posesión de libros que contengan material lascivo u obsceno, así como libros sobre adivinación, brujería, magia y la mezcla de venenos. Se permitían los clásicos greco-romanos, incluso los que contuvieran material obsceno o lascivo, pero se prohibía su lectura a los niños.
- Regla X. Requería una aprobación de los oficiales de la Iglesia antes de la impresión de cualquier libro; prohibía la circulación de manuscritos no aprobados; prohibía la venta y la posesión de todos los libros condenados y autorizaba a la Iglesia a inspeccionar las imprentas y las librerías. Prohibía el transporte sin permiso de libros entre ciudades. Mandaba la excomuni3n

inmediata para cualquiera que leyera o poseyera libros incluidos en el Índice de Libros Prohibidos<sup>449</sup>.

La censura podía tomar dos formas, por una parte las evaluaciones que contenían un examen crítico de una visión o de un contexto de un trabajo, y por otra parte las expurgaciones, es decir propuestas de corrección. Ahora, en el caso de una prohibición por el Índice, un trabajo podía condenarse en su totalidad, o en caso contrario con la estipulación de *donec corrigatur* o *donec expurgetur*. Los libros con la disposición *donec corrigatur* podían reimprimirse en una edición corregida, los libros prohibidos que no se corregían oficial ni privadamente, se destinaban a la circulación clandestina.

Se presumía que el censor tomaba en consideración cualquier posible clase de riesgo, pero lo primero de todo era la página del título, el nombre del autor o editor, y el lugar de edición, entonces examinaba el texto, y formulaba sus propuestas de corrección. A menudo, sin embargo, el censor también operaba a un nivel sustancialmente diferente: conectaba las partes mutiladas y/o reescribía secciones enteras, insinuando por tanto ortodoxia.

Como consecuencia, los trabajos podían asumir un punto de vista desviado fuertemente de las intenciones originales del autor. Así, mientras que algunas correcciones eran visibles o localizables otras eran completamente invisibles. Estas últimas eran probablemente más eficaces que una prohibición total y absoluta<sup>450</sup>.

La prohibición de los libros una vez que se han publicado puede ser difícil y a veces contraproducente. Lo mejor, entonces, es evitar en primer lugar que las publicaciones problemáticas salgan a la luz.

España, en el siglo XVI, aunque se vio afectada indirectamente por las medidas de la Iglesia, tenía sus propias políticas de control de la imprenta que eran independientes y de alguna forma diferente. Por medio de la Pragmática,

---

<sup>449</sup> Cf. LENARD, M., «On the Origin, Development and Demise of the Index Librorum Prohibitorum», en *Journal of Access Services* 3 (2006), pp. 54-55.

<sup>450</sup> Cf. SPRUIT, L., «Censorship and Canon: a Note of Some Medieval Works and Authors», en *How the West Was Won*, OTTEN, W., VANDERJAGT, A., & DE VRIES, H. (Eds.), Leiden 2010, pp. 180-182.

Fernando e Isabel establecieron una censura previa tanto antes de la impresión como antes de emitir un permiso para la importación de libros. Las publicaciones extranjeras de todos los libreros tenían que ser examinadas, y todos los impresores debían de tener una licencia de impresión.

En 1554, el Consejo Real deploró el hecho de que las licencias de impresión y los permisos se habían concedido de forma poco convincente y se habían publicado libros impropios e inútiles. Se decidió que en el futuro fuera el Presidente del Consejo Real el que garantizara las licencias de impresión. Aquí se observa cómo se centralizó la censura previa en manos de la autoridad civil. En 1558, Felipe II promulgó la legislación precisa que permanecería en vigor durante varios siglos<sup>451</sup>.

La censura realizada por los reformistas nunca llegó a ser tan eficaz como la católica, debido no a que los reformistas mostrasen mayor tolerancia sino a que su organización en diferentes iglesias (calvinista, luterana) con administraciones diferentes, resultó en una fragmentación y división mayor. Normalmente los manuscritos, para poder obtener la licencia de impresión, se sometían a revisión por entendidos en las diversas ramas del conocimiento (Derecho, teología, medicina, etc.) antes de la impresión. Igualmente tenía lugar la censura laica en Inglaterra, Países Bajos y Francia.

La impresión estaba restringida en Inglaterra solo a grandes ciudades como Londres, Cambridge y Oxford, y la regulaba la Compañía del Impresor, que llevaba un registro de todos los libros nuevos. En concreto, los libros sobre Derecho, tal como dictaba la Ley de Autorización Inglesa de 1662, que prescribió en 1695, debían ser examinados por el Lord Canciller, y la mayoría del resto de libros por el arzobispo de Canterbury y el obispo de Londres<sup>452</sup>.

En 1664, el Papa Alejandro VII publicó otra edición del índice, siendo el primer índice papal que listaba todos los libros alfabéticamente por autor. En 1757, el Papa Benedicto XIV promulgó el índice revisado, que se considera la

---

<sup>451</sup> Cf. DE BUJANDA, J. M., «Literary Censorship in Sixteenth-Century Spain», en *CCHA Study Sessions* 38 (1971), p. 53.

<sup>452</sup> Cf. BRIGGS, A., & BURKE, P., *De Gutenberg a Internet. Una historia social de los medios de comunicación*, Madrid 2002, p. 65.



mejor edición publicada hasta ahora. Desde 1758 hasta 1897 todas las ediciones del Índice que se publicaron fueron simples reimpresiones de la edición de Benedicto, cada una añadiendo trabajos prohibidos desde la edición anterior.

Muchos de los obispos en el Concilio Vaticano I (1870) requirieron una revisión completa de la legislación del Índice. Debido al estallido de la guerra franco-prusiana, el Concilio se aplazó antes de poder discutir este tema. Sin embargo, poco tiempo después el Papa León XIII presentó a la Iglesia una nueva edición del Índice, con legislación supuestamente adaptada a las distintas necesidades de su tiempo.

Las normas generales que gobernaban la lista se promulgaron en 1897, y el nuevo Índice se publicó en 1901. El Índice compilado por León XIII sufrió varias ediciones posteriores, siendo la más reciente y también la última la edición de 1948, que contenía más de cuatro mil títulos<sup>453</sup>.

El Concilio Vaticano II cambió muchas cosas en la Fe y la práctica Católica, entre ellas el planteamiento de la censura. Las enseñanzas y el espíritu del Vaticano II fueron como un nuevo Pentecostés en la vida de la Iglesia. La Iglesia buscó satisfacer las necesidades, responder a las cuestiones, y desafiar los postulados de los hombres y mujeres modernos mediante la lectura de los signos de los tiempos y la aplicación permanente de las enseñanzas del Evangelio a la vida contemporánea.

El documento Conciliar Sobre la Iglesia en el Mundo Actual (*Gaudium et Spes*), hizo referencia al antiguo modelo de confrontación de la Iglesia en relación con la cultura, al admitir que hubo dificultades en la forma de armonizar la cultura con el pensamiento Cristiano.

Sin embargo, el documento insiste en que la Gracia puede resonar y lo hace a través de la disonancia ocasional que surge del encuentro entre una comunidad de creyentes y una cultura indiferente e incluso algunas veces recelosa. Las dificultades no dañan necesariamente la vida en la Fe, sino que pueden en realidad profundizar en la Fe mediante una mejor comprensión.

El Concilio admitió que la literatura y el arte, en su manera propia, son importantes para la vida de la Iglesia porque buscan expresar la naturaleza

---

<sup>453</sup> Cf. SHERIDAN, D. P., «The Catholic Case: The Index of Prohibited...», cit. p. 24.

humana, con sus problemas y experiencias. Esto está muy alejado de la actitud censora de la Iglesia en el pasado sobre los autores.

El otro documento Conciliar que precipitó la práctica de la censura de la Iglesia fue Sobre la Libertad Religiosa (*Dignitatis Humanae*). Este documento articuló el papel de la conciencia individual de cada persona. Al darle más responsabilidad a las personas Católicas para pensar por sí mismos, este documento exaltó el papel de la conciencia bien informada. La conciencia humana se vio como un santuario de la persona humana que no se puede violar por la coerción o la compulsión. En esta declaración también se describe de una forma renovada los derechos humanos y la libertad religiosa.

Una comunidad de creyentes con una conciencia Cristiana bien formada, una sensibilidad moral aguda y un compromiso intenso con el Evangelio, elimina la necesidad de la función de la Iglesia en la censura. La Declaración proclamó que la verdad se puede imponer sobre la mente humana solo en virtud de su propia verdad, que vence sobre la mente tanto con dulzura como con la fuerza. Por tanto, en el espíritu del Concilio, la Iglesia cesó sus actividades en la censura de la literatura y las artes de la forma más radical aboliendo el Índice de Libros Prohibidos en 1966<sup>454</sup>.

#### 6.4.2.5. *Imprenta y Derecho*

En el límite del Derecho escrito y el Derecho impreso, la imprenta extendió el conjunto de posibles direcciones de las normas jurídicas escritas, la audiencia de la materia impresa no es solo virtualmente, sino prácticamente ilimitada. Esto permitió una proliferación de textos que exigió un cuidado incluso más permanente de la coherencia intratextual y una continuidad en el tiempo, con la creación de un cuerpo de textos que enfatizara este significado intrasistemático de Derecho escrito: dogmática jurídica y doctrina jurídica.

Los costes bajos de impresión de las normas, comparados con los costes de las normas escritas manualmente, provocaron un proceso de democratización, que permitió a los destinatarios leer e interpretar las regulaciones jurídicas. Esta democratización dependía de la instrucción de los destinatarios de esas normas

---

<sup>454</sup> Cf. HAGSTROM, A., «The Catholic Church and Censorship...», cit. pp. 150-151.

jurídicas (principio de publicidad), lo que por supuesto se vio facilitado por la imprenta.

Se puede concluir que la imprenta fue la condición que posibilitó que el Derecho escrito fuera decisivo para los estados nacionales modernos (proporcionando los medios para un detallado gobierno por el Derecho), para la democracia (proporcionando los medios para desarrollar la alfabetización a escala completa) y el estado de Derecho proporcionando la necesidad de una clase autónoma de juristas que interpreten y sostengan la coherencia intrasistémica del Derecho<sup>455</sup>.

La escritura y la imprenta forman las precondiciones para los sistemas jurídicos modernos que dependen de ellas. Para los juristas, es obvio el hecho de que el Derecho está constituido y está mediado por la escritura impresa, pero se podrían beneficiar del reconocimiento de que la escritura impresa es de hecho una tecnología, con implicaciones masivas para el ámbito, el contenido, y la naturaleza de la jurisdicción que soporta.

Este no es solo el caso porque la invención de la escritura y después de la imprenta haya extendido el alcance de las normas jurídicas más allá de las relaciones "cara a cara", modelando la posibilidad de políticas y jurisdicciones translocales, sino también porque la escritura introduce un sentido lineal del tiempo debido a la necesidad de leer desde el principio hasta el final, mientras que la imprenta provoca un aumento de la racionalización y sistematización para poder hacer frente a la explosión de textos disponibles.

Otra característica sobresaliente del Derecho escrito impreso es su sensación generalizada de retardo, derivado de la complejidad del sistema jurídico que necesita tener cuidado de su coherencia ante el aumento de regulación, alentando por tanto intentos doctrinales reiterados para crear orden en la cantidad de estatutos de nueva promulgación y la publicación de nuevos casos jurídicos.

Este retraso se relaciona con la distancia entre el autor y el público, puesto que el público, a diferencia con las tradiciones orales, no necesita compartir tiempo y espacio con el autor para acceder al texto. Como comentamos

---

<sup>455</sup> Cf. HILDEBRANDT, M., «A Vision of Ambient Law...», cit. p. 185.

anteriormente, el texto impreso externaliza y objetiva la palabra hablada, propiciando la necesidad de la interpretación.

El autor ausente nunca está seguro de que su texto será entendido, mientras que el lector no puede dar por hecho lo que el autor quería decir. Esto proporciona una libertad inevitable en el uso de los textos y convierte el proceso legislativo (promulgación de códigos jurídicos y sus aplicaciones) en un proceso creativo más que en una aplicación mecánica.

El Derecho impreso genera, por tanto, un Derecho dinámico autónomo que depende y se nutre de la doctrina jurídica para proporcionar continuidad y también flexibilidad en la aplicación del Derecho. Esta continuidad y flexibilidad son las condiciones de posibilidad que demandan que el Derecho combine certidumbre jurídica, justicia y efectividad frente a los cambios recurrentes en la infraestructura social y tecnológica de la sociedad<sup>456</sup>.

La escritura impresa tiene una normatividad muy específica, porque puede invitar pero no forzar a interpretaciones específicas, por tanto, entraña una indeterminación. Aunque la escritura impresa se vincula con la autoridad coercitiva del estado moderno, también se vincula con la autonomía relativa del Derecho respecto al poder político.

Este es el caso de la proliferación de textos jurídicos desde el progreso de la imprenta que produjo un caos potencial de interpretaciones, generando la necesidad de una sistematización y una especialización, que resultó en la profesionalización de la práctica jurídica en el transcurso de los últimos cinco siglos.

La fragilidad del significado del texto escrito, frente a la necesidad de certidumbre jurídica, facilitó así la aparición de un monopolio del Derecho por la clase profesional de los juristas, encomendados a salvaguardar la coherencia del sistema jurídico (en interés tanto de los ciudadanos que comparte jurisdicción y del gobierno que desea implementar sus políticas). La fuerza del Derecho impreso depende por tanto de la autoridad coercitiva del estado en combinación con el trabajo del gremio de los juristas<sup>457</sup>.

---

<sup>456</sup> Cf. HILDEBRANDT, M., «Legal and technological normativity...», cit. p. 171.

<sup>457</sup> *Ibidem*, p. 174.

El Derecho impreso respalda la descontextualización en dos direcciones y de formas indirectas. Primero, reduce la proporción de energía mental dedicada simplemente a preservar el Derecho de generación en generación, en la antigua recopilación de manuscritos en decadencia y en la utilización de rimas y reglas mnemotécnicas.

Cuando los juristas pueden comparar las categorías una al lado de la otra en textos en vez de recordarlas laboriosamente y tal vez de forma inadecuada, entonces la lógica y las tensiones de los conceptos aparecen con mayor claridad, estos pueden refinar los conceptos en declaraciones más abstractas y generalizadas.

Segundo, a un nivel más fundamental, la impresión reacondiciona la mente. Favoreció el trabajo de redacción que requerían los juristas para tomar las percepciones y los pensamientos solapados que se arremolinaban en el diálogo y fijarlos en un conjunto reglamentado.

Como escribió John M. Culkin:

*“That is the essential structure of print. And once a culture uses such a medium for a few centuries, it begins to perceive the world in a one-thing-at-a-time, abstract, linear, fragmented, sequential way. And it shapes its organizations and schools according to the same premises. The form of print has become the form of thought. The medium has become the message”<sup>458</sup>.*

En tercer lugar, el texto impreso favorece la abstracción fomentando la resolución de disputas en los tribunales obligados por las normas jurídicas. A diferencia de las discusiones sin plazo definido frente al anciano de la tribu, las sentencias de conformidad con las normas, excluyen los hechos, justificaciones, y conocimientos personales que son importantes para las personas corrientes.

Los tribunales reducen los problemas a varios niveles de los litigantes en cuestiones que invitan a una respuesta binaria (culpable o no, responsabilidad o no). Por su diseño, los modelos restrictivos de relevancia dejan a un lado las

---

<sup>458</sup> CULKIN, J. M., «A Schoolman’s guide to Marshall McLuhan», en *The Saturday Review* 51 (1967), p. 71.

particularidades de las personas, lugares y tiempo, que son esenciales en el diálogo cara a cara<sup>459</sup>.

En el comienzo de la era de la impresión, en siglo XVI y comienzos del XVII, muchos de los juristas reflexionando al contemplar los efectos de la imprenta sobre su profesión, pensaron que el nuevo medio de impresión fracturaría su profesión e invitaría a impugnaciones sobre los ingresos, el prestigio y el privilegio interpretativo de sus miembros.

Los escépticos creían que la publicación del Derecho, no solo permitiría que los legos consultaran los libros en vez de los juristas, sino que también disolvería la mística que descansaba en la relación popular de lo oculto con lo profundo. Al hacer el Derecho “corriente” por medio de la imprenta se amenazaba con degradar su dignidad y por extensión el honor del gremio que lo practicaba<sup>460</sup>.

La disponibilidad de precedentes publicados y de materiales educativos también animó a estudiantes y legos a hacer interpretaciones individualistas, incluso desviadas del Derecho. Sobre todo, el Derecho consuetudinario, en la Edad Media tardía era como una costumbre de clase o casta, pronunciada por un grupo de ancianos que dirigían la judicatura y las asociaciones de abogados.

Esto era una validación automática en el sentido de que el Derecho se heredaba en estos eminentes colectivos más que en los manuscritos que solo capturaban de forma incompleta las tradiciones del gremio. Pero cuanto más Derecho se publicaba, cada vez se debilitaba más el poder de estas eminencias para restringir la interpretación jurídica heterodoxa.

Ese poder descansaba en parte en el control de la materia prima del Derecho en la edad anterior a la imprenta: los manuscritos y las memorias. La disponibilidad de libros de Derecho impresos permitió a los legos y a los juristas novicios señalar a la autoridad textual en oposición a la presión psicológica de los juristas mayores y al presunto mando de la tradición del gremio. Parece que la

---

<sup>459</sup> Cf. ROSS, R. J., «Communications Revolutions and Legal Culture: An Elusive Relationship», en *Law & Social Inquiry* 27 (2002), pp. 650-651.

<sup>460</sup> Cf. ROSS, R. J., «The Commoning or the Common Law: the Renaissance Debate over Printing English Law, 1520-1640», en *University of Pennsylvania Law Review* 146 (1998), p. 446.

mayoría de los juristas de 1600 cuando pensaban en la presión inmanente o el sesgo de la impresión, temían por la coherencia de su profesión y el mantenimiento de sus barreras frente a los intrusos, lo que era fundamental para su autoridad, ingresos y prestigio<sup>461</sup>.

Sin embargo, el primer siglo y medio de imprenta, permitió un mayor acceso al Derecho (con cualificación) y disminuyó los enfrentamientos entre los conocimientos jurídicos y no jurídicos, acelerando la circulación entre ellos. Pero estos procesos no dañaron la profesión jurídica.

Es cierto que la reproducción de la doctrina ortodoxa nacida en el adiestramiento oral sostenido en las asociaciones de juristas se debilitó a principios del siglo XVII. Pero, la profesión fue generando de forma simultánea su inestimable identidad como árbitros de un orden moral y tutores cívicos. Esta identidad reforzó la coherencia de la profesión y proporcionó unos fundamentos para las firmes demandas de su honor, privilegios y centralidad social.

Si al pasar el Derecho desde los manuscritos y las memorias a la impresión se perdió algo de control de su conocimiento, se reafirmó su mandato de otras maneras: endureciendo los requerimientos para pleitear ante los tribunales e insistiendo en que el dominio del Derecho venía no de la acumulación de casos sino de la interiorización lenta de una razón artificial que no estaba disponible solo en los libros. La profesión de jurista llegó a ser aceptada como fuente de categorías políticas y sabiduría cívica, la imprenta en vez de menoscabar su dignidad, confianza e importancia social, las aumentó<sup>462</sup>.

Los cambios en la tecnología de la imprenta tuvieron una influencia inmediata y profunda en un área particular, impulsaron extraordinariamente la velocidad y la calidad de la publicación y, en este sentido, la nueva tecnología cambió la función y la posición de los periódicos en la sociedad, que finalmente dio lugar a la prensa popular precursora de los medios de difusión modernos.

El aumento de la sofisticación de la tecnología de la impresión que se produjo en el siglo XIX creó algo nuevo: una tecnología cuyo único propósito era

---

<sup>461</sup> Cf. BAKER, J. H., «The Inns of Court and Legal Doctrine» en *Lawyers and Laymen*, CHARLES-EDWARDS, T. M., OWEN, M. E., & WALTERS, D. B. (Eds.), Cardiff 1986, pp. 364-365.

<sup>462</sup> Cf. ROSS, R. J., «Communications Revolutions and Legal...», cit. p. 659.

el de interactuar directamente con los ciudadanos y generar por tanto efectos que impregnan la sociedad en tiempo real.

La tecnología de la impresión (la prensa escrita) distribuía información, y al hacerlo provocaba efectos subjetivos (en vez de objetivos) sobre los miembros de la sociedad, y la mantenía informada, entretenida, indignada, y educada. Los efectos de esta tecnología de noticias son efímeros, tienden a ser transitorios y requieren una renovación constante.

La tecnología de la impresión del siglo XIX comenzó el proceso de institucionalización de una práctica que siempre fue endémica de la vida social pero que había permanecido informal y desestructurada: el intercambio de información. Esto se realizó de forma oral durante la mayor parte de la historia de la humanidad; para diseminar la información sobre sucesos o sobre otras personas, se dependía de las conversaciones entre los miembros de una sociedad o de pronunciamientos formales (discursos) de las autoridades.

La tecnología de la impresión en el siglo XIX cambió este panorama moviendo el foco desde la comunicación basada en los individuos hacia una comunicación basada en la tecnología, y comenzó un proceso que todavía está evolucionando: la utilización de la tecnología para diseminar rápidamente la información a través de la sociedad<sup>463</sup>.

La penetración, inmediatez y la naturaleza de sus efectos sobre los ciudadanos, hicieron que la tecnología de la impresión fuera un candidato principal para normas que controlaran su implementación. Aunque la implementación física de esta tecnología nueva, como tal, era improbable que planteara perjuicios físicos a la población civil, los representantes gubernamentales temían que la publicación sin restricciones amenazara la estabilidad del orden social y por tanto instituyeron medidas para controlar lo que se imprimía.

Las normas eran de dos tipos, normas que prohibían publicar material no autorizado; y normas que sancionaban lo que ya se había publicado de ese material. Las normas de restricción previa se implementaron de varias formas,

---

<sup>463</sup> Cf. BRENNER, S. W., *Law in an Era of "Smart"...*, cit. pp. 50-52.



incluyendo la responsabilidad penal, ya que pretendían evitar la publicación de material prohibido.

La normas que sancionaban de forma retroactiva a aquellos que habían publicado este material eran normas penales; estas normas tenían como objeto disuadir a los medios que habían publicado material no autorizado que siguieran en su actitud y desalentar a otros de que siguieran su ejemplo.

El Derecho sobre la tecnología de la impresión en el siglo XIX era un poco ambiguo, puesto que se utilizaba para su implementación tanto la responsabilidad civil como penal. Incluso cuando se usaba la responsabilidad civil, su propósito era punitivo. En última instancia, eran normas de uso indebido o implementación impropia.

No tenían como objetivo la implementación física de la tecnología de la impresión, es decir, no se preocupaban del daño físico que resultara de la utilización torpe de la tecnología (lesiones de los impresores, o intoxicaciones por la tinta), sino que tenían como objetivo una concepción culturalmente sensible del uso indebido o de la implementación impropia.

En realidad se produjo una extrapolación de las normas que criminalizaban, por ejemplo, el discurso del odio para abarcar el uso particular de la tecnología de la impresión. Es cierto que los perjuicios que trataban de evitar esas normas, como obscenidad, blasfemia, difamación pública de autoridades, y sedición, ya se encontraban criminalizadas desde hacía tiempo tanto en Europa como en Estados Unidos.

Pero, también es cierto que la tecnología de la impresión aumentó la magnitud en la que se infligía ese daño; en este nuevo tiempo se podía extender con mucha mayor amplitud, por ejemplo, un mensaje sedicioso por medio de un folleto impreso y distribuido por miles tenía mayor magnitud que si sólo dependía del boca a boca<sup>464</sup>.

---

<sup>464</sup> Ivi, pp. 55-56.

## 6.5. EL TELÉGRAFO: EL ORIGEN DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA TELECOMUNICACIÓN

Las dos raíces de la palabra telecomunicación implican su significado: comunicación a larga distancia. Una función importante de la telecomunicación es proporcionar un sustituto para el transporte; en vez de mover las personas hasta las ideas, la telecomunicación mueve las ideas hasta las personas.

Las telecomunicaciones nuevas del periodo que comenzó a mitad del siglo XIX suprimieron la necesidad de la alfabetización o instrucción y proporcionaron una manera de saltar esta barrera hasta la comunicación de masas. Muchas de las tecnologías de telecomunicación más importantes (radio y televisión, por ejemplo) eran primariamente unidireccionales, medios de comunicación de “uno hacia muchos”; pero otros como el telégrafo y el teléfono, eran principalmente “uno hacia uno” y de naturaleza interactiva.

Las tecnologías de la telecomunicación aparecieron en el siglo XIX, desde finales del siglo XVIII hasta mediados del siglo XIX tuvo lugar la Revolución Industrial, que se considera el suceso más importante en la historia de la humanidad desde el periodo Neolítico.

La visión tradicional de la Revolución Industrial se centra en dos aspectos relacionados, un cambio sin precedentes en las tecnologías acompañado por un aumento de la renta per cápita. Parece claro que a una escala mundial tuvo lugar una ruptura revolucionaria con el pasado y, aunque esta ruptura no llegó a forzar de inmediato un crecimiento económico, sí que es apropiado pensar en esta revolución como aceleradora de cambios extraordinarios en las tecnologías<sup>465</sup>.

La Revolución Industrial aportó mucho a la mejora de la calidad de vida de las personas: algodón barato para la confección de ropa, loza barata para las vajillas, producción de muebles en masa, carbón asequible para alimentar las fábricas, y transporte disponible para las mercancías y las personas.

Esta revolución dio por fin la oportunidad a la mayoría de la gente de vivir como solo antes lo habían hecho unos pocos. Sin duda, los siglos de dependencia

---

<sup>465</sup> Cf. FREMDLING, R., «Industrialization and Scientific and Technological Progress», en *History of Humanity (Vol. VI The Nineteenth Century)*, MATHIAS, P., & TODOROV, N. (Eds.), Londres 2008, p. 80.

de la artesanía y de las renunciadas estaban pasando con rapidez. En esta época de cambios sociales, culturales, económicos y científicos se produjeron una serie de innovaciones de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones que cambiaron el mundo<sup>466</sup>.

### 6.5.1. Contexto histórico-social del telégrafo

La historia de la telegrafía electromagnética comenzó en 1660, cuando William Gilbert publicó "On the Magnet, Magnetic Bodies, and the Great Magnet of the Earth". Gilbert fue el primero en utilizar los términos "atracción eléctrica" y "polo magnético". En esos tiempos siempre existía un elemento de "magia" asociado con la tecnología, tal como comenta Tom Standage:

*"Since the late sixteenth century there had been persistent rumors across Europe of a magical device that allowed people many miles apart to spell out messages to each other letter by letter. (...) Nobody had actually seen one of these devices, which relied on magical "sympathetic" needles that could somehow influence each other over great distances, but they were widely believed to exist"<sup>467</sup>.*

La base de esta historia era la existencia de imanes para magnetizar agujas y otros objetos metálicos. A pesar de la persistencia del rumor, no fue hasta 1787 cuando se llevó a cabo una prueba de telegrafía práctica utilizando electricidad estática. En 1820, se realizaron numerosas aplicaciones de los efectos de las corrientes eléctricas a la telegrafía, y la primera patente se concedió en 1837, en Inglaterra, a William Cooke y Charles Wheatstone.

Se considera a Samuel F. Morse como el padre de la telegrafía. Morse se interesó en 1832 por la telegrafía electromagnética durante un viaje en barco desde Europa hacia Estados Unidos. En este viaje conoció a Charles Jackson que conocía los experimentos de electromagnetismo, quedando asombrado al conocer que la velocidad de transmisión a lo largo de un cable eléctrico era casi

---

<sup>466</sup> Cf. FANG, I. A., *History of Mass Communication. Six Information...*, cit. p. 43

<sup>467</sup> STANDAGE, T., *The Victorian Internet: The Remarkable Story of the Telegraph and the Nineteenth Century's On-Line Pioneers*, New York 1998, p. 4.

instantánea. Esto puso a Morse en el camino de desarrollar un telégrafo electromagnético y de un código de señales, que introdujo en 1838<sup>468</sup>.

En 1843, el Congreso de Estados Unidos asignó treinta mil dólares para construir una línea telegráfica a lo largo de la vía de ferrocarril entre Washington y Baltimore. El veinticuatro de mayo de 1844 se produjo la inauguración oficial de la primera línea telegráfica de larga distancia que tuvo lugar en edificio de la Corte Suprema de Washington. Samuel F. B. Morse envió un mensaje codificado al industrial Alfred Vail, que estaba en la estación de tren de Pratt Street en Baltimore.

El mensaje simplemente decía: ¿Qué nos ha traído Dios? (*What had God Brought?*). Morse tuvo la idea de utilizar ráfagas de corriente eléctricas cortas y largas (puntos y rayas) para representar letras, números y signos de puntuación. Este sistema con el tiempo se convirtió en lo que actualmente denominamos código Morse. Un telegrafista experimentado podía enviar y recibir mensajes con una velocidad de 20 a 30 palabras por minuto (similar a los actuales expertos en mensajería electrónica).

Aunque los telegramas eran mucho más caros que el correo postal, la gran ventaja de su velocidad lo convirtió pronto en viable comercialmente y en un éxito financiero, produciendo una disminución en la dependencia del servicio postal. El telegrama se convirtió en el primer método de transmisión donde no existía evidencia física de que el mensaje se había enviado.

Esto significaba que el remitente no solo confiaba en que los decodificadores humanos de puntos y rayas no interceptarían y leerían el mensaje sino que también confiaba en que la tecnología podía realmente entregar el mensaje al destinatario pretendido. Probablemente, el telegrama fue la primera innovación tecnológica que generó problemas de privacidad.

Si una carta llegaba con el sello del sobre intacto, tanto el remitente como el destinatario podían asumir que nadie había leído su contenido. Sin embargo, en el caso del telegrama, los operadores a ambos lados de la línea telegráfica habían

---

<sup>468</sup> Cf. PHILLIPS, R. J., «Digital Technology and Institutional Change from the Gilded Age to Modern Times: The Impact of the Telegraph and the Internet», en *Journal of Economic Issues* 34 (2000), p. 271.

leído el contenido del mensaje. Tanto el remitente como el destinatario tenían que confiar en la integridad personal de los operadores para asegurar la confidencialidad del mensaje<sup>469</sup>.

Gracias al telégrafo, las comunicaciones ya no dependían del transporte físico de los mensajes; no importaba si el mensaje tenía que viajar cinco o quinientos kilómetros. La información procedente de lugares lejanos se hizo de pronto casi tan accesible como las noticias locales. Las líneas telegráficas comenzaron a extenderse a lo largo del mundo, estableciendo su propia red mundial. En este aspecto, el telégrafo actuó como precursor de la mayor parte de la tecnología que le siguió, incluyendo al teléfono, la radio, la televisión, y también Internet.

Cuando en 1858 se tendió el primer cable transatlántico, que permitió la comunicación casi instantánea entre Europa y Estados Unidos, el London Times lo describió como el mayor descubrimiento desde Colón, como una gran ampliación dada a la esfera de la actividad humana<sup>470</sup>.

El telégrafo tuvo un gran impacto en la cultura. En primer lugar, se aplicó esta tecnología a estandarizar y difundir el tiempo horario, por ejemplo en Estados Unidos no se encontraba estandarizado con anterioridad al telégrafo, es obvia la importancia que esta vinculación con el reloj ha tenido para nuestra sociedad. Otro impacto importante del telégrafo fue consecuencia de la necesidad de la comunicación instantánea en tiempos de guerra. También impactó la interacción social de las personas.

El coste elevado de los telegramas en los primeros años significó que se usaría la tecnología por aquellos sectores de la economía donde la velocidad de comunicación fuera esencial para los beneficios empresariales. Las tres industrias que se vieron impactadas de forma importante por el telégrafo fueron: el sector financiero, el ferrocarril y los periódicos.

---

<sup>469</sup> Cf. FREEMAN, E. H., «The Telegraph and Personal Privacy: A Historical and Legal Perspective», en *EDPACS: The EDP Audit, Control, and Security Newsletter* 46 (2012), pp. 10-11.

<sup>470</sup> Cf. UNNAMED AUTHOR., *Understanding Media and Culture: An Introduction to Mass Communication*, Minneapolis 2016, p. 14.

El telégrafo proporcionó un claro ejemplo de cómo una innovación en la tecnología de la comunicación provocó un impacto poderoso sobre los medios de comunicación existentes. A mediados del siglo XIX los periódicos contenían pocas noticias nacionales e internacionales; el telégrafo hizo posible y demandó la cooperación sistemática en la recepción de noticias internacionales y en su distribución, también afectó al periodismo de otras formas<sup>471</sup>.

El telégrafo fue la base para la aparición de importantes innovaciones tecnológicas de la telecomunicación: el teléfono fue el sucesor del telégrafo, la telegrafía sin cables se hizo patente con la aparición de la radio, y con la aparición de la telefonía sin cables ésta se utilizó para comenzar la época de la transmisión, primero de palabras y después de imágenes con la televisión.

### 6.5.2 Tecnologías de la telecomunicación y Derecho

Los efectos de la tecnología del telégrafo penetraron pronto en la sociedad. Su mayor rapidez frente al correo, hizo que no solo las empresas y los organismos estatales utilizaran el telégrafo, sino que también las personas individuales lo hicieran. Sin embargo, el telégrafo nunca llegó a penetrar tanto en la sociedad como la imprenta, y una de las razones fue el coste, ya que los materiales impresos eran tan baratos que se encontraban disponibles para todos los estratos de la sociedad.

Aunque los costes de enviar un telegrama no eran desorbitados, si eran lo suficientemente caros como para poner los telegramas por encima de las posibilidades de la mayoría de la gente. Antes de la aprobación de la Ley de Correos de 1845 y 1851 en Estados Unidos, que redujo de forma importante el coste básico de una letra inaugurando el denominado “servicio postal barato”, telegrafiar una sola letra podía costar cincuenta céntimos, lo cual era una suma considerable en una época donde el sueldo diario de muchos ciudadanos era de un dólar<sup>472</sup>.

---

<sup>471</sup> Cf. PHILLIPS, R. J., «Digital Technology and Institutional Change from...», cit. pp. 273-274.

<sup>472</sup> Cf. JOHN, R. R., «The Politics of Innovation», en *Daedalus* 127 (1998) p. 193.

Otra de las razones por las que el telégrafo penetró menos en la sociedad que la imprenta, fue el diferente modo de comunicación que caracterizaba a ambas tecnologías. Los telegramas eran comunicaciones privadas, donde la información transmitida, a través de intermediarios, se efectuaba de un individuo a otro.

El efecto sistémico de la tecnología del telégrafo se limitaba a su impacto importante sobre como las personas se comunicaban de forma remota. Cuando las personas fueron usando los telegramas en lugar del correo, se fueron acostumbrando también a usar la comunicación personal mediada tecnológicamente y a las ventajas que ofrecía.

Los materiales impresos eran comunicaciones públicas donde el contenido transmitido se compartía simultáneamente con una gran audiencia. Así, el efecto sistémico de la tecnología de la imprenta englobaba tanto la confianza individual en la tecnología para el envío de información como la difusión de los contenidos a través de la sociedad.

La tecnología del telégrafo, a diferencia con la del teléfono que a la larga lo sustituiría, no penetraba en la sociedad en sí misma, sino solo a nivel de sus efectos. Los ciudadanos no podían utilizar la tecnología por sí mismos, tenían que confiar en la competencia de una serie de especialistas, comenzando, como comentamos anteriormente por el telegrafista a quien le daban sus mensajes.

La tecnología del telégrafo, como otras muchas tecnologías, es una tecnología específica de contexto y su implementación era un campo para especialistas. Por tanto, desde el punto de vista del Derecho, la tecnología del telégrafo pasó a ser sujeto de normas jurídicas específicas de contexto, y dirigidas a esos especialistas.

La naturaleza circunscrita de los efectos de la telegrafía significó que generó menos preocupación sobre los posibles efectos negativos que pudieran resultar de su implementación, que los que suscitaban la imprenta. Por tanto, su objetivo era establecer los estándares que proporcionaran una implementación segura y efectiva.

Las normas jurídicas sobre la telegrafía abordaban materias como asegurar que los mensajes se entregaban, que se mantenían confidenciales, y que el equipamiento no produjera riesgos para la seguridad. No se promulgaron normas

para el uso indebido del telégrafo porque la tecnología telegráfica realmente no ofrecía oportunidades para su uso indebido<sup>473</sup>.

No obstante, cuando las personas inventan cosas, otras personas encuentran las maneras de aprovechar esas cosas para utilizarlas de forma delictiva. El telégrafo no fue una excepción y proporcionó a los individuos sin escrúpulos nuevas oportunidades para el fraude, el robo, y la estafa. Tal y como declaró John Bonfield, de la policía de Chicago, al *Chicago Herald* en 1888:

*"It is a well-known fact that no other section of the population avail themselves more readily and speedily of the latest triumphs of science than the criminal class. The educated criminal skims the cream from every new invention, if he can make use of it"*<sup>474</sup>.

Se realizaron sobornos a los operadores telegrafistas para introducir deliberadamente errores apreciables en la transmisión de la información de la bolsa de valores o se descifraron fraudulentamente los códigos con los precios de las acciones bursátiles.

Hoy en día consideramos cosas como hackers, descifradores de códigos y bodas online como fenómenos modernos asociados con Internet; pero todos ellos se pudieron encontrar también en la red telegráfica. Los espías y criminales utilizaban los cables para enviarse mensajes codificados; otros utilizaban la velocidad de la red para conocer de antemano los resultados de las carreras de caballos. Florecieron romances ilícitos entre operadores de telégrafos mientras tecleaban sus mensajes en Morse.

El fenómeno de Internet lo analizaremos en los capítulos siguientes, pero todo esto ya nos va sirviendo para decirnos algo sobre el fenómeno: que las fechorías perpetradas sobre los cables de alambre y los de fibra óptica no deberían culpabilizarse por la tecnología en sí misma, sino por sus usuarios. El hecho de que en el pasado siglo XIX se produjeran el mismo tipo de irregularidades nos muestra que el verdadero culpable más que la veloz evolución de la tecnología es el carácter inmutable de la naturaleza humana.

---

<sup>473</sup> Cf. BRENNER, S. W., *Law in an Era of "Smart"...*, cit. pp. 58-59.

<sup>474</sup> STANDAGE, T., *The Victorian Internet: The Remarkable Story of the Telegraph and the...*, cit. p. 105.



Cuando se produce una innovación tecnológica, siempre hay personas que solo ven su potencial para mejorar el mundo, mientras que otras ven oportunidades para hacer nada bueno. El error que se cometió en el siglo XIX, y que quizás se puede estar cometiendo en la actualidad, es pensar que la tecnología puede cambiar la naturaleza humana; que los avances tecnológicos por sí mismos nos pueden hacer mejores o peores personas<sup>475</sup>.

También al comienzo del siglo XX hubo casos de demandas pidiendo responsabilidad a compañías de telégrafos por transmitir mensajes difamatorios. Por ejemplo, en el caso *Paton v. Great Northwestern Telegraph Co.* De 1919, en que la compañía recibió y transmitió un mensaje de un tal Wilson al marido de la demandante, que decía: “*Wife caught in adultery with Cox. Come at once. Answer. (Signed) C. WILSON*”.

El mensaje era falso y el motivo del envío malicioso y difamatorio. La idea subyacente era la del delito de difamación e injurias, puesto que la compañía, con su conducta había causado a la demandante daños que afectaban a su reputación. Las compañías telegráficas normalmente eran absueltas, porque se entendía que los empleados de la compañía eran ignorantes de la intención difamatoria del contenido del mismo y no se consideraba una publicación del mismo por la compañía<sup>476</sup>.

La mayoría de las primeras demandas sobre la tecnología del telégrafo estaban relacionadas precisamente con los fallos en la transmisión de los mensajes y con su confidencialidad; no hay que olvidar que el uso inicial del telégrafo consistía mayoritariamente en transacciones comerciales o monetarias. No obstante también los particulares, cuando comenzaron a utilizar esta tecnología,

---

<sup>475</sup> Cf. STANDAGE, T., *Technological Notes: The Internet is only as good as its users* (1998), en <https://www.independent.co.uk/arts-entertainment/technological-notes-the-internet-is-only-as-good-as-its-users-1197100.html> (Consultado 27/10/2017).

<sup>476</sup> Cf. SMITH, Y. B., «Liability of a Telegraph Company for Transmitting a Defamatory Message», en *Columbia Law Review* 20 (1920), pp. 30, 32, 50.

iniciaron numerosas demandas a las compañías telegráficas en relación con estas transmisiones fallidas<sup>477</sup>.

A lo largo del siglo XIX se produjeron numerosos casos que implicaban el fallo en la entrega de mensajes de fallecimiento. En estos casos, los familiares o amigos del difunto o de la persona moribunda, no recibían el telegrama que anunciaba la muerte o enfermedad, y por tanto no podían asistir al entierro o no podían verlo antes de que murieran.

En estos casos, el destinatario previsto del telegrama demandaba a la compañía telegráfica en relación con el sufrimiento emocional que experimentaron como resultado de su fallo. Los casos donde se fallaba a favor de la parte presumiblemente perjudicada, son importantes porque ofrecen una comprensión más compleja de las responsabilidades públicas de las compañías de telecomunicaciones. A la vista de las decisiones que tomaron los tribunales, estas compañías no solo eran responsables de transmitir los mensajes, sino que tenían también un deber empático con los sentimientos de sus clientes.

En conjunto, todos estos casos gestionaron una serie de ideas complejas sobre las emociones que rodean la era de las nuevas Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones. Los casos que implicaban las transmisiones fallidas de mensajes emocionalmente importantes forzaron a los tribunales a conciliar la promesa emocional del nuevo telégrafo con el riesgo emocional del fallo en la comunicación.

A pesar de la sensación de innovación enorme que rodeó al telégrafo, este se reguló inicialmente por las mismas normas y políticas que ya estaban establecidas. En última instancia, estas decisiones jurídicas, al reflejar la emocionalidad compleja del telégrafo avanzaron en una visión matizada de las normas de las tecnologías de la comunicación.

Aunque estos casos se construyeron sobre las normas del “transporte común” que se aplicaba también a los trenes y otros medios de transporte, las sentencias reconocieron la singularidad de las transmisiones de comunicaciones.

---

<sup>477</sup> Cf. THE NEW YORK TIMES, *Responsibility of Telegraph Companies* (1864), en <https://www.nytimes.com/1864/05/09/archives/responsibility-of-telegraph-companies.html> (Consultado 12/12/2017).

Para ellos, enviar un mensaje del fallecimiento de la madre de alguien no era lo mismo que transportar simplemente ganado o mercancías. Mas bien, las compañías de comunicación eran responsables cara al público tanto de las estructuras y procesos de la transmisión de los mensajes, como del contenido de los mismos.

Hay que decir, que este punto de vista se reemplazó por otro que trataba a las compañías de telecomunicaciones de una forma más restringida, enfatizando solo sus responsabilidades tecnológicas más que sus deberes en relación con los sentimientos del público. Sin embargo, es importante destacar como estas decisiones tuvieron una influencia jurídica al comienzo del siglo XX y tienen mucho que decir a los pensadores contemporáneos que se enfrentan a las dimensiones políticas de Internet y otras “nuevas tecnologías”<sup>478</sup>.

#### 6.6. INTERNET

Con el término “Internet” se denomina a la red electrónica de redes que conectan personas e información por medio de ordenadores y de otros artefactos digitales, permitiendo la comunicación persona-persona y la extracción de información, Internet es la tecnología determinante de la Era de la Información. Esta red global de redes de ordenadores se fundamenta actualmente en su mayor parte sobre plataformas de comunicación inalámbricas, proporciona una capacidad ubicua de comunicación interactiva multimodal en un momento determinado y trascendiendo el espacio.

Internet ha revolucionado el mundo de los ordenadores y de la comunicación como nada antes lo había hecho. La invención del telégrafo, como comentamos anteriormente, y de sus sucesores el teléfono, la radio y el ordenador, allanaron el camino para esta integración sin precedentes de capacidades.

Internet es al mismo tiempo un potencial de difusión de ámbito mundial, un mecanismo para la difusión de la información, y un medio para la colaboración y

---

<sup>478</sup> Cf. MALIN, B. J., «Failed Transmissions and Broken Hearts. The telegraph, communications law and the emotional responsibilities of new technology», en *Media History* 17 (2011), pp. 321-322.

la interacción entre individuos y sus ordenadores sin tener en cuenta su localización geográfica.

Internet representa uno de los mejores ejemplos de los beneficios de la inversión sostenida y el compromiso de investigar y desarrollar la infraestructura de la información. Comenzando con las primeras investigaciones en la conmutación de paquetes (*Packet Switching*), el gobierno, la industria y las universidades fueron compañeros en la evolución y el despliegue de esta nueva tecnología<sup>479</sup>.

Parece que estamos situados en mitad de una revolución de Internet y entrando en una era de conectividad digital, el ritmo del cambio global que provoca la difusión de esta tecnología es impresionante en muchos sentidos. En menos de veinte años, Internet se ha hecho indispensable en la vida diaria de muchas personas. Se ha demostrado empíricamente que la velocidad de adopción de Internet ha sobrepasado en varios órdenes de magnitud la de otras tecnologías de la comunicación de masas, haciendo que ésta sea una innovación irreversible.

Algunos de los temas más amplios del desarrollo de Internet conciernen a las consecuencias individuales y sociales de su indispensabilidad y a sus más amplias consecuencias para, por ejemplo, el bienestar social y cuestiones políticas. A nivel individual y social los temas incluyen la alteración de la percepción del continuum espacio-tiempo, la comunicación y las interacciones humanas a nivel local y global, la pérdida de definición de las fronteras entre lo real y lo virtual, la naturaleza paradójica de las tecnologías, y sus consecuencias tanto positivas como negativas.

---

<sup>479</sup> La conmutación de paquetes (*Packet Switching*) es un método de agrupar datos que se transmiten a través de una red digital en paquetes que están formados por un encabezado y una carga útil. Los datos en el encabezado son utilizados por el hardware de red para dirigir el paquete a su destino donde la carga útil es extraída y utilizada por el software de la aplicación. La conmutación de paquetes es la base principal de las comunicaciones de datos en redes informáticas de todo el mundo. Vid. DAVIES, D. W., «An Historical Study of the Beginnings of Packet Switching», en *The Computer Journal* 44 (2001), pp. 152–162.

Unos de los aspectos que continúan ganando importancia son los relacionados con la privacidad, la protección y la seguridad. La ubicuidad de Internet también tiene un lado oscuro, aumentan las denuncias de robos de identidad, persisten los mensajes ofensivos, y existe una preocupación en aumento sobre el impacto potencial de la información no filtrada que está disponible para los niños. Parece probable que esta tensión entre los enormes potenciales de Internet y las expectativas de los usuarios seguirá estando presente si el ritmo de la tecnología continúa sin control<sup>480</sup>.

En el centro de estas redes de comunicación, Internet asegura la producción, distribución, y utilización de información digitalizada en todos los formatos. En este sentido, mediante el rastreo de sesenta tecnologías digitales y analógicas, se ha estimado que en el año 2007, en ordenadores de uso general, la humanidad tenía una capacidad para almacenar  $2.9 \times 10^{20}$  bytes comprimidos de forma óptima, para comunicar casi  $2 \times 10^{21}$  bytes, y para transportar  $6.4 \times 10^{18}$  instrucciones por segundo.

Desde 1998 hasta 2007 la capacidad mundial para telecomunicación bidireccional creció un 28% cada año, seguido muy de cerca por el aumento en la información almacenada globalmente (23%). Las telecomunicaciones se han visto dominadas por las tecnologías digitales desde 1990 (99.9% en formato digital en 2007), y la mayoría de nuestra memoria tecnológica se encuentra en formato digital desde comienzos de los años 2000s. Cerca del noventa y cinco por ciento de toda la información existente en el planeta está digitalizada y la mayoría de ella se encuentra accesible en Internet y otras redes de ordenadores<sup>481</sup>.

La velocidad y el alcance de la transformación de nuestro entorno de comunicación que se ha producido por Internet y la comunicación inalámbrica han disparado toda clase de percepciones utópicas y distópicas sobre el mundo. Los medios de difusión, cuando alojan reportajes aterradores basados en observaciones anecdóticas y en comentarios sesgados, agravan esta percepción distorsionada. Cualquier proceso de cambio tecnológico importante, como hemos

---

<sup>480</sup> Cf. HOFFMAN, D. L., NOVAK, T. P., & VENKATESH, A., «Has the Internet Become Indispensable?», en *Communications of the ACM* 47 (2004), pp. 37, 42.

<sup>481</sup> Cf. HIBERT, M., & LÓPEZ, P., «The World's Technological Capacity to Store, Communicate, and Compute Information», en *Science* 332 (2011), p. 60.

comentado anteriormente para la imprenta o el telégrafo, genera su propia mitología.

Estos mitos se generan en parte, porque la tecnología se pone en práctica antes de que los estudiosos puedan evaluar sus efectos y sus consecuencias, por tanto, siempre existe un intervalo entre el cambio social y su entendimiento. Por ejemplo, los medios informan a menudo de que el uso intenso de Internet aumenta el riesgo de alienación, aislamiento, depresión, y retraimiento de la sociedad.

Sin embargo, la evidencia disponible muestra que no existe relación ni relación acumulativa positiva entre el uso de Internet y la intensidad de la sociabilidad. Se observa que, en general en todas las culturas, cuanto más se usa Internet, más aumenta la sociabilidad online y offline, el compromiso cívico, y la intensidad de las relaciones familiares y de amistad<sup>482</sup>.

Nuestra sociedad de las redes es un producto de la revolución digital y algunos cambios importantes socioculturales. Uno de estos cambios es el surgimiento de la denominada “sociedad centrada en mí”, marcada por un aumento de la atención sobre el crecimiento individual y un descenso de la comunidad entendida en términos de espacio, trabajo, familia, y adscripción en general.

Pero la individualización no significa aislamiento o el final de la comunidad; sino que las relaciones sociales se están reconstruyendo sobre la base de intereses, valores y proyectos individuales. Se forma la comunidad por medio de la búsqueda de los individuos por personas afines en un proceso que combina la interacción online con la interacción offline, el ciberespacio, y el espacio local<sup>483</sup>.

---

<sup>482</sup> Cf. CASTELL, M., «The Impact of the Internet on Society: A global Perspective», en *Ch@nge: 19 Key Essays on How Internet is Changing our Lives*, CASTELL, M., GELENER, D., VÁZQUEZ, J., & MOROZOV, E. (Eds.), (2014), pp. 9-10.

<sup>483</sup> Cf. CASTELL, M., «The Impact of the Internet on Society: A global Perspective», en *MIT Technology Review* (2014), en <https://www.technologyreview.com/s/530566/the-impact-of-the-internet-on-society-a-global-perspective/> (Consultado 22/11/2017).

### 6.6.1. Historia y origen de Internet

La historia de Internet gira alrededor de cuatro aspectos distintos. Existe la evolución tecnológica que comenzó con las primeras investigaciones sobre la conmutación de paquetes y el ARPANET (y tecnologías relacionadas), y en la que continua la investigación actual expandiendo los horizontes de la infraestructura a lo largo de varios aspectos, como escala, rendimiento y nivel de funcionalidad más elevado.

Está el aspecto de operaciones y gestión de una infraestructura operacional compleja. También está el aspecto social, que tuvo como consecuencia una amplia comunidad de internautas trabajando juntos para crear y evolucionar la tecnología. Y por último está el aspecto de la comercialización, que da lugar a una transición extremadamente eficaz de los resultados de la investigación hacia una infraestructura desplegada y disponible de forma amplia.

Actualmente, Internet es una infraestructura generalizada de información cuyo prototipo inicial se denomina, con frecuencia, la Infraestructura de Información Nacional (o Global, o Galáctica). Su historia es compleja e implica muchos aspectos, tecnológicos, organizacionales y de comunidad.

Su influencia alcanza no solo los ámbitos técnicos de la comunicación de ordenadores, sino que a medida que avanzamos en la utilización creciente de herramientas online para realizar comercio electrónico, adquisición de datos, y operaciones comunitarias, afecta a toda la sociedad<sup>484</sup>.

Se podría decir que hubo algunas personas que predijeron Internet, sirvan de ejemplos las dos siguientes.

En 1908, Nikola Tesla anticipó una tecnología que permitiría:

*“As soon as completed, it will be possible for a business man in New York to dictate instructions, and have them instantly appear in type at his office in London or elsewhere. He will be able to call up, from his desk, and talk to any telephone subscriber on the globe, without any change whatever in the existing equipment. An inexpensive instrument, not bigger than a watch, will enable its bearer to hear*

---

<sup>484</sup> Cf. LEINER, B. M. et al., «Brief history of the Internet», en *ACM SIGCOMM Computer Communication Review* 39 (2009), pp. 22-23.

*anywhere, on sea or land, music or song, the speech of a political leader, the address of an eminent man of science, or the sermon of an eloquent clergyman, delivered in some other place, however distant. In the same manner any picture, character, drawing, or print can be transferred from one to another place*"<sup>485</sup>.

Y en 1938, Herbert George Wells, el famoso escritor precursor de la ciencia ficción, vislumbraba en su idea de un "Cerebro Mundial" (*World Brain*):

*"But what we want today to hold the modern mind together in common sanity is something far greater and infinitely more substantial than those earlier encyclopedias. They served their purpose at the time, but they are not equal to our current needs. A World Encyclopedia no longer presents itself to a modern imagination as a row of volumes printed and published once for all, but as a sort of mental clearing house for the mind, a depot where knowledge and ideas are received, sorted, summarised, digested, clarified and compared. It would be in continual correspondence with every university, every research institution, every competent discussion, every survey, every statistical bureau in the world"*<sup>486</sup>.

Entre las décadas de los años sesenta y ochenta, la tecnología de la computación sufrió una transformación dramática, el ordenador, que se concibió originalmente como un dispositivo de cálculo, se convirtió en un medio de comunicación. Hoy en día se da por hecho que la información puede viajar a grandes distancias de forma instantánea.

Para la mayoría de la población mundial, el enviar un correo electrónico o acceder a información multimedia online, se han convertido en actos triviales y fáciles. La superación de la distancia geográfica nos parece una parte normal inherente de la tecnología de los ordenadores. Pero en los primeros años sesenta, cuando los ordenadores eran escasos, caros, y engorrosos, era impensable utilizar un ordenador para comunicarse. El solo hecho de compartir software o datos entre usuarios de diferentes ordenadores podía convertirse en una tarea formidable.

---

<sup>485</sup> MASSIE, W. W. & UNDERHILL, C. R., «The Future of the Wireless Art», en *Wireless Telegraphy and Telephony* (1908), pp. 68-71.

<sup>486</sup> WELLS, H. G., *World Brain*, Londres 1938 (Web edition by eBooks@Adelaide 2014), p. 37.



Una persona que quisiera transferir información entre ordenadores, antes de la llegada de la red de ordenadores, normalmente tenía que transportar algún medio de almacenamiento físico, como un rollo de cinta magnética o una pila de tarjetas perforadas, de una máquina a otra.

Aunque los módems se introdujeron a finales de los años cincuenta, la configuración de una conexión telefónica entre dos máquinas podía ser una iniciativa cara y propensa a cometer errores, y la dificultad de establecer tales comunicaciones se agravaba por las incompatibilidades entre los ordenadores. Para una persona que necesitara utilizar un ordenador remoto hubiera sido más fácil coger un avión hasta la localización de la máquina y utilizarla en persona<sup>487</sup>.

#### 6.6.1.1. Los primeros años de la Red

La historia de Internet comenzó a primeros de los años sesenta del siglo pasado, en Estados Unidos, durante el periodo de la guerra fría. En octubre de 1957, la Unión Soviética lanzó el primer satélite espacial, el Sputnik. El éxito del lanzamiento del Sputnik, por cuestión de orgullo y liderazgo, necesitaba una respuesta por parte de los americanos.

El Departamento de Defensa respondió con la creación de la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzados (*Advanced Research Projects Agency*) conocida como ARPA, que tenía como objetivo la promoción de la investigación que asegurara que Estados Unidos compitiera y superara a la Unión Soviética en cualquier carrera tecnológica.

La misión de ARPA era producir nuevas ideas de innovación para proporcionar impactos tecnológicos valiosos que fueran más allá de los enfoques tradicionales de desarrollo evolutivo, y actuar sobre esas ideas desarrollando sistemas prototipo.

Una de las oficinas de ARPA era la Oficina de Técnicas de Procesamiento de Información (*Information Processing Techniques Office, IPTO*) que financió investigación en ciencia de la computación con la intención de movilizar a las universidades americanas y a los laboratorios de investigación para construir una red de comunicación estratégica (Investigación de mando y Control, *Command and*

---

<sup>487</sup> Cf. ABBATE, J., *Inventing the Internet*, Cambridge 2000, p. 1.

*Control Research*) que pusiera a disposición del gobierno capacidades de mensajería<sup>488</sup>.

Como en esos tiempos las redes dependían de un control central de funciones, la principal preocupación era la vulnerabilidad de las redes a un posible ataque (soviético), ya que una vez que el punto central de control dejase de funcionar, toda la red entera sería inservible.

Los científicos querían difundir la red de tal forma que se pudiera sostener después de un ataque a uno o más de sus centros de comunicación. Lo que tenían en mente era un “depósito descentralizado para secretos relacionados con la defensa” durante el tiempo de guerra<sup>489</sup>.

De esta manera se creó la red ARPA (*ARPA Network* o ARPANET). En realidad, los pioneros de la creación de ARPANET afirman que el proyecto nunca se creó para proteger de un ataque militar, sino que las razones fueron las de desplegar una red que permitiera a los investigadores compartir recursos unos con otros (hardware, software, servicios y aplicaciones).

En 1962, J.C.R. Licklider fue nombrado el primer director del IPTO. Su función era interconectar los ordenadores principales del Departamento de Defensa, mediante una red global y dispersa. Licklider articuló la visión de una red de ordenadores “galáctica”, una serie de nodos de procesamiento interconectados globalmente a través de la cual cualquiera y en cualquier lugar pudiera acceder a los datos y a los programas.

En el mismo año 1962, Licklider y W. Clark publicaron el primer artículo científico sobre el concepto de Internet que se titulaba *On-Line Man Computer Communication*, en el que contemplaban la red de comunicación como una herramienta de colaboración científica. Aquí es donde se plantó la semilla de lo que más tarde llegaría a ser Internet:

---

<sup>488</sup> La denominación de la *Advanced Research Projects Agency* (ARPA) puede crear confusión, porque cambió su nombre en 1971 a *Defense Advanced Research Projects Agency* (DARPA), después volvió a denominarse ARPA en 1993, y finalmente en 1996 de nuevo volvió a la denominación DARPA.

<sup>489</sup> Cf. COHEN-ALMAGOR, R., «Internet History», en *International Journal of Technoethics* 2 (2011), pp. 46-47.

*“On-line man-computer communication requires much development before men and computers can work together effectively in formulative thinking and intuitive problem solving. This paper examines some of the directions in which advances can be made and describes on-going programs that seek to improve man-machine interaction in teaching and learning, in planning and design, and in visualizing the internal processes of computers”<sup>490</sup>.*

La compañía Bolt Beranek and Newman Inc. (BBN), que había obtenido el contrato de ARPA para la investigación y desarrollo de la red, lanzó ARPANET en 1969, siendo la primera red de área amplia de conmutación de paquetes. Los primeros ordenadores distribuidos en diversos centros de investigación subvencionados por DARPA (principalmente universidades), y en diferentes localizaciones geográficas se conectaron para compartir información de forma interactiva.

Se utilizaban una serie de miniordenadores denominados Procesadores de Mensajes de Interfaz (*Interface Message Processors*, IMPs), unidos por líneas de teléfono de banda ancha a 50 Kbits/segundo, para interconectar una amplia variedad de ordenadores para crear una red robusta, fiable y de alta supervivencia. Además de servir como un modelo para todas las redes futuras de conmutación de paquetes, una de las contribuciones claves del proyecto de investigación ARPANET fue el desarrollo de un protocolo de comunicación de datos de ordenador a ordenador interoperativo<sup>491</sup>.

En los años siguientes, se fueron añadiendo ordenadores a ARPANET. A finales de 1970 se terminó el primer protocolo *Host-to-Host* funcionalmente

---

<sup>490</sup> LICKLIDER, J. C. R., & CLARK, W. E., «On-Line Man-Computer Communication», en *Managing Requirements Knowledge, International Workshop on (AFIPS)*, San Francisco 1962, p. 127.

<sup>491</sup> Cf. PERRY, D. G., BLUMENTHAL, S. H., & HINDEN, R. M., «The ARPANET and the DARPA Internet», en *Library Hi Tech* 6 (1988), pp. 51-52.

completo, que se denominó Protocolo de Control de Red (*Network Control Protocol*) que finalmente comenzó a desarrollar aplicaciones<sup>492</sup>.

A finales de 1972 se organizó, con mucho éxito, la primera demostración al público de la nueva tecnología de red ARPANET. En este mismo año se introdujo la aplicación de correo electrónico, primero se desarrolló el software básico de enviar y leer, y después se desarrolló el programa de utilidades que permitió hacer listas, leer archivos selectivamente, reenviar y responder a los mensajes<sup>493</sup>.

En el año 1973, ARPANET estaba conectada a ordenadores internacionales. Entonces el desafío era la transferencia de archivos y nació el Protocolo de Transferencia de Archivos (*File Transfer Protocol*, FTP). El protocolo de transferencia de archivos especificaba el formateado para los archivos de datos sobre la red. La transferencia de archivos se consideraba como algo parecido a la fuerza vital para la red.

Algunos autores han sugerido que la transferencia de archivos es como el equivalente digital de la respiración, inhala datos, exhala datos, y así indefinidamente. FTP hizo posible compartir archivos entre ordenadores. El mover archivos puede parecer simple, pero la diferencia entre ordenadores hace que no sea así. FTP fue la primera aplicación que permitió cooperar a dos ordenadores como iguales, en vez de tratar a uno como la terminal del otro<sup>494</sup>.

Con el crecimiento de la red se desarrollaron una serie de protocolos que implementaron la filosofía de arquitectura abierta. Estos nuevos protocolos fueron el Protocolo de Control de Transmisión (*Transmission Control Protocol*, TCP) y el Protocolo de Internet (*Internet Protocol*, IP). El TCP incluye reglas que utilizan los ordenadores en la red para establecer y terminar conexiones; el IP incluye reglas para enrutamiento de los paquetes de datos individuales. El

---

<sup>492</sup> Un *Host* o anfitrión es un ordenador que funciona como el punto de inicio y final de las transferencias de datos. Recientemente también se utiliza para referirse a una compañía que ofrece servicios de alojamiento de sitios web.

<sup>493</sup> Cf. KLEINROCK, L., «An Early History of the Internet», en *IEEE Communications Magazine* 48 (2010), p. 33.

<sup>494</sup> Cf. HAFNER, K., & LYON, M., *Where Wizards Stay Up Late. The Origins of Internet*, Nueva York 1998, p. 111.

Protocolo de Control de Transmisión/Protocolo de Internet (TCP/IP) organiza los datos en paquetes, los pone en el orden correcto cuando llegan a su destino, y comprueba que no existan errores<sup>495</sup>.

Con base en la idea de que habría redes múltiples independientes, ARPANET se transformó en Internet. Vint Cerf y Robert Kahn fueron los que utilizaron por primera vez el término “Internet” en un artículo de 1974 sobre el protocolo TCP. La importancia del protocolo TCP/IP es tan grande en la historia de Internet que mucha gente considera que Cerf fue el padre de Internet.

*“A protocol that supports the sharing of resources that exist in different packet switching networks is presented.(...) Some implementation issues are considered, and problems such as internetwork routing accounting, and timeouts are exposed”<sup>496</sup>.*

Aunque el diseño original de ARPANET era para el intercambio de recursos, se demostró muy rápidamente su utilidad como sistema de mensajes. Los investigadores se dieron cuenta muy pronto de la gran utilidad que podría tener la red para la transmisión de comunicaciones.

---

<sup>495</sup> Cf. COHEN-ALMAGOR, R., «Internet History» en *International Journal...*, cit. p. 50.; Un protocolo de Internet (*Internet Protocol*, IP) es el método (o protocolo) por el que los datos se envían desde un ordenador a otro a través de Internet. En Internet, cada ordenador tiene al menos una dirección IP que lo identifica exclusivamente entre otros ordenadores en Internet. Cuando se envía o se reciben datos (por ejemplo, un correo electrónico), los mensajes se dividen en pequeños pedazos que se denominan “paquetes”. Cada uno de esos paquetes contiene las direcciones de Internet tanto del remitente como del destinatario. IP es un protocolo sin conexión, es decir, no existe conexión continua entre los dos puntos que se están comunicando. Cada paquete que viaja en Internet se trata como una unidad de datos sin relación con cualquier otra unidad de datos. Vid. ICANN., *Beginner’s Guide to Internet Protocol (IP) Addresses*, (2011), en <https://www.icann.org/en/system/files/files/ip-addresses-beginners-guide-04mar11-en.pdf> (Consultado 20/10/2017).

<sup>496</sup> Cf. CERF, V. G. & KAHN, R., «A protocol for packet network interconnection», en *IEEE Transactions on Communications* 22 (1974), p. 637.

#### 6.6.1.2. La red informática mundial (*World Wide Web, www*)

El elenco de personajes implicados en la creación de Internet se extiende más allá de las individualidades más conocidas, como por ejemplo los anteriormente mencionados Cerf y Kahn que diseñaron la arquitectura de Internet. Una serie de responsables de ARPA, contribuyeron al desarrollo de Internet, y también otras diversas agencias militares fueron activas en hacer funcionar la red en ciertos momentos.

Lawrence Roberts, el director del proyecto ARPANET, ensambló y sacó provecho de las ideas de un equipo muy amplio de científicos de la computación que incluía tanto a expertos veteranos como a entusiastas estudiantes de postgrado. Los propios Cerf y Kahn, cuando decidieron expandir ARPANET hacia un sistema de redes interconectadas que se convertiría en Internet, lograron la ayuda de expertos en computación tanto de Estados Unidos, Inglaterra y Francia.

Al extenderse la popularidad de la interconexión, una serie de grupos de interés que incluían a operadores de telecomunicaciones, proveedores de productos de redes, y organismos internacionales de normalización, comenzaron a ejercer influencia sobre la evolución de Internet<sup>497</sup>.

En 1983, la Agencia de Comunicaciones de Defensa de Estados Unidos, decidió que ARPANET había crecido demasiado como para presentar problemas de seguridad. La agencia dividió la red en dos partes: MILNET, para sitios de redes que transportaran información militar no clasificada, y ARPANET para la comunidad de investigación en computación.

El viejo ARPANET se había transformado de pleno derecho en Internet. Como resultado de la división, las prestaciones de intercambio de información de la red estuvieron disponibles para los usuarios de ordenadores en todo el mundo. A mitad de los años ochenta, una serie de agencias asumieron la financiación de algunos enlaces de Internet.

Así por ejemplo, en Estados Unidos la financiación la proporcionó la Fundación Nacional para la Ciencia (*National Science Foundation*) y de aquí que algunos se refieran al principal eje troncal de Internet en Estados Unidos por el

---

<sup>497</sup> Cf. ABBATE, J., *Inventing the Internet...*, cit. p. 3.

nombre de NSFnet. Otros dominios incluían COM para empresas comerciales, ORG para organizaciones, y EDU para instituciones educativas<sup>498</sup>.

Con los años el número de ordenadores conectados a Internet creció enormemente y la red civil se convirtió de forma creciente en comercial, lo que unido a las limitaciones presupuestarias, empujó a Estados Unidos a abandonar la estructura de Internet. Esto fue lo que facilitó la entrada en escena de las compañías de telecomunicaciones. Los ejes troncales de Internet, como NSFnet, se fueron actualizando e Internet se fue convirtiendo de forma gradual en la red que conocemos hoy: un laberinto de redes interconectadas.

En 1989, Tim Berners-Lee, un investigador del Centro Europeo de Investigación Nuclear (CERN) en Ginebra, propuso la idea de un sistema internacional de protocolos, y de construir un servidor de hipermedios que permitiera a los usuarios de la red la preparación de documentos que estuvieran compuestos de, o dar indicaciones a, muchos archivos diferentes de tipos potencialmente diferentes, dispersos a través del mundo. Berners-Lee lo denominó la Red Informática Mundial (*World Wide Web*, WWW, W3).

Escribió el primer cliente WWW (un editor de navegación que corría bajo NeXTStep), y también la mayoría del software de comunicación, definiendo las URLs (*Uniform Resource Locator*, Localizador Uniforme de Recursos, o más coloquialmente denominado dirección web), los HTTP (*Hypertext Transfer Protocol*, Protocolo de transferencia de Hipertexto entre un servidor y los clientes), y el HTML (*HyperText Markup Language*, Lenguaje de Marcado de Hipertexto). Su programa de software de hipermedios permitía a las personas acceder, conectar y crear comunicaciones en una red única y global de información<sup>499</sup>.

Como el propio Berners-Lee comentó:

*“The World-Wide Web (W3) initiative is a practical project designed to bring a global information universe into existence using available technology. (...) men have dreamed of extending their intellect by making their collective knowledge available to*

---

<sup>498</sup> Cf. SANTORO, G. M., «The internet: An overview», en *Communication Education* 43 (1994), p. 73.

<sup>499</sup> Cf. BERNERS-LEE, T., CAILLIAU, R., LUOTONEN, A., NIELSEN, H.F., & SECRET, A., «The World Wide Web», en *Communication of the ACM* 37 (1994), pp. 76-78.

*each individual by using machines. Computers provide us two practical techniques for human-knowledge interface. One is hypertext, in which links between pieces of text (or other media) mimic human association of ideas. The other is text retrieval, which allows associations to be deduced from the content of text. The W3 ideal world allows both operations and provides access from any browsing platform”<sup>500</sup>.*

Por tanto, la Red Informática Mundial, más conocida como la web, que estaba superpuesta sobre Internet e incorporaba sus protocolos, marcó el inicio de la cohesión de tres corrientes de innovación diferentes: la informática personal, el trabajo en red, y los programas de conexión. Utilizando enlaces integrados en hipertexto, los usuarios de la red actuando como productores de información vinculaban archivos conteniendo texto, sonido y gráficos para crear páginas web.

Las fuentes de información enlazadas de esta forma se podían localizar en cualquier ordenador que era también parte de la red. Cada fuente de información, por sí misma, puede enlazarse a un número indefinido de páginas web. El hipertexto y los hiperenlaces permiten a los usuarios, actuando como receptores de información, deambular desde una fuente de información a otra sin esfuerzo, decidiendo por ellos mismos que información desean tener transferida a su navegador y que enlace quieren explorar o pasar por alto. Los usuarios pueden también indexar los datos que poseen y buscar datos adicionales<sup>501</sup>.

#### 6.6.1.3. Evolución de la World Wide Web

La web no es sinónimo de Internet pero sí es la parte más prominente de Internet y se puede definir, por tanto, como un sistema tecno-social para la interacción de humanos basada en redes tecnológicas. La noción de sistema tecno-social se refiere a un sistema que mejora el conocimiento, la comunicación, y la cooperación humanas.

Desde su implantación por Berners-Lee y en las últimas dos décadas se han hecho muchos progresos en la web y en sus tecnologías asociadas. A continuación

---

<sup>500</sup> Cf. BERNERS-LEE, T.J., CAILLIAU, R., GROFF, J.-F., & POLLERMANN, B., «World-wide web: the information universe», en *Internet Research* 20 (1992), pp. 52.

<sup>501</sup> Cf. COHEN-ALMAGOR, R., «Internet History» en *International Journal...*, cit. p. 53.



vamos a comentar brevemente las características que definen cada una de estas fases evolutivas de la web.

La WEB 1.0 fue la primera implementación (primera generación) de la web y duró aproximadamente desde 1989 hasta 2005. Se definió como una web de conexiones de información. Según Berners-Lee era solo una web de lectura (*read only Web*), es decir la primera Web nos permitía buscar información y leerla, pero proporcionaba muy poca interacción por parte del usuario y tampoco se podía contribuir con contenidos. Los usuarios podían intercambiar información pero no era posible interactuar con el sitio web.

El objetivo de un sitio web era establecer una presencia online y poner su información a disposición de cualquiera en cualquier momento. Era una web estática basada en la búsqueda. Podía contener alguna información útil pero raramente se renovaba. Se la podía comparar con una sencilla hoja de un libro puesto en la web y dejado allí para que la gente la leyera. Era una información no reactiva en el sentido de que era una forma unidireccional de suministrar información, no existía interacción entre las personas que visitaban el sitio, no había comentarios, ni comunicación, ni comunidad.

Los negocios podían utilizar la web para proporcionar catálogos o folletos y presentar sus productos, los usuarios podían leerlos y contactar con el negocio, de hecho, los catálogos y los folletos se anunciaban de forma similar en los periódicos y revistas, y la mayoría de propietarios de sitios web de comercios electrónicos empleaban aplicaciones de carros de compra de diferentes tipos y formas<sup>502</sup>.

La WEB 2.0 es la segunda generación de la web. Este concepto fue acuñado en 2004 por Dale Dougherty, quien la definió como una web de lectura y escritura. También se conoce a esta web como la web de la sabiduría, la web centrada en las personas y la web participativa. Como permite tanto la lectura como la escritura, esta web es bidireccional.

---

<sup>502</sup> Cf. AGHAEI, S., NEMATBAKHS, M. A., & FARSANI, H. K., «Evolution of the World Wide Web: from Web 1.0 to Web 4.0», en *International Journal of Web & Semantic Technology* 3 (2012), pp. 1-2.

Es una plataforma donde los usuarios pueden abandonar la mayoría de los controles que se usaban en la web 1.0., es decir, los usuarios de la WEB 2.0 obtenían más información con menos control. La WEB 2.0 no es solo una versión nueva de la de WEB 1.0 antigua, fue una cosa diferente en varios aspectos: facilitó el diseño web, la reutilización creativa, las reactualizaciones, y la creación y modificación de contenidos colaborativos. Una de sus características más destacadas es que da soporte a la colaboración y ayuda a reunir inteligencia colectiva<sup>503</sup>.

La WEB 2.0 fue tanto una utilización como un paradigma tecnológico, era una colección de tecnologías, de estrategias de negocios, y de tendencias sociales. Permitía a los usuarios acceder a los contenidos de un sitio web y contribuir a él, y también mantenerse al día con los últimos contenidos del sitio web incluso sin visitar el sitio real. Permitía a los desarrolladores crear nuevas aplicaciones web de manera fácil y rápida, aprovechando los datos, la información y los servicios disponibles en Internet.

La WEB 2.0 se alejó del modelo tradicional de hacer llegar los contenidos a los usuarios para construir un modelo participativo dinámico donde la mayoría de los desarrolladores de páginas web tenían la oportunidad de actualizar sus sitios web enriquecidos en contenidos tan a menudo como quisieran.

La información comenzó a fluir en ambos sentidos entre proveedores y observadores, por ejemplo, los contadores de visitas indicaban de forma aproximada la popularidad relativa del sitio, y el volumen de los comentarios de los usuarios proporcionaba una medida de su participación<sup>504</sup>.

El término WEB 2.0 es el paraguas que abarca varias nuevas tecnologías web. Solo vamos a explicitar las características más genéricas de las más conocidas e importantes:

- Blogs. Blog es la abreviatura de Web log (bitácora web), y consiste en una herramienta muy poderosa de comunicación en dos direcciones basada en la

---

<sup>503</sup> Cf. CHOUDHURY, N., «World Wide Web and Its Journey from Web 1.0 to Web 4.0», en *International Journal of Computer Science and Information Technologies* 5 (2014), p. 8097.

<sup>504</sup> Cf. SOLANKY, M. R., & DONGAONKAR, A., «A Journey of Human Comfort: Web 1.0 to Web 4.0», en *International Journal of Research and Scientific Innovation* 3 (2016), p. 75.

Web. Un blog es un sitio web donde los usuarios pueden entrar sus pensamientos, ideas, sugerencias, y comentarios. Las entradas al blog (*blog entries*) también conocidas como blog posts, se llevan a cabo con estilo periodístico, y se muestran en orden cronológico inverso. Estas entradas pueden contener texto, imágenes, o enlaces a otros blogs y sitios web, y también a otros medios relacionados con su temática.

- RSS. RSS son las siglas de *Really Simple Syndication*, que se puede traducir como “Redifusión Realmente Sencilla”. Son una familia de formatos de contenidos web que se utilizan para redifundir contenidos desde blogs o sitios web. Informa al usuario de las actualizaciones de los blogs o sitios web en los que está interesado, estos lectores de contenidos o programas de agregación pueden comprobar una lista de contenidos, nombre de usuario y mostrar las actualizaciones que encuentre. Típicamente se enlazan con la palabra *subscribe*.

- Wikis. Una wiki es un sistema basado en la web, sencillo pero muy poderoso, de autoría colaborativa (gestión de contenidos). Permite a cualquiera añadir un artículo nuevo o revisar un artículo existente por medio de un navegador, los usuarios pueden también trazar los cambios que se han realizado en un artículo<sup>505</sup>.

- Mashup. Aplicación web híbrida (mezcla). Una *mashup* es un sitio web que combina información y servicios de fuentes múltiples de la web. Las web *mashups* combinan información y/o funcionalidades complementarias desde varios sitios web o aplicaciones web, permitiendo conectar, recoger y mezclar cualquier cosa en la red<sup>506</sup>.

Jonh Markoff, en 2006, fue el primero que sugirió la WEB 3.0 como tercera generación de la web:

---

<sup>505</sup> El término wiki proviene de la palabra hawaiana *wikiwiki*, que significa rápido y breve. La enciclopedia online generada por los usuarios Wikipedia (<http://en.wikipedia.org>) es una wiki.

<sup>506</sup> El término *mashup* proviene del mundo de la música donde los artistas combinan, por ejemplo letras de una canción con la música de otra. (MURUGESAN, S., «Understanding Web 2.0», en *IT Professional* 9 (2007), pp. 34-36

*“In contrast, the Holy Grail for developers of the semantic Web is to build a system that can give a reasonable and complete response to a simple question like: «I’m looking for a warm place to vacations and I have a budget of \$3,000. Oh, and I have an 11-year-old child».*

*Under today’s system, such a query can lead to hours of sifting – through lists of flights, hotel car rentals – and the options are often at odds with one another. Under Web 3.0, the same search would ideally call up a complete vacation package that was planned as meticulously as if it had been assembled by a human travel agent”<sup>507</sup>.*

La WEB 3.0 se conoce también como la “web semántica”. Esta nueva generación de la web fue concebida por Berners-Lee, y su desarrollo se centra en el periodo de 2010 a 2020. Existe un equipo especializado en el Consorcio de la World Wide Web (<https://www.w3.org/>) trabajando para mejorar, extender y estandarizar el sistema, los lenguajes, las publicaciones y las herramientas que se han desarrollado. La “web semántica” es una web que puede demostrar cosas en el enfoque que la computadora puede entender. El principal objetivo de esta web es hacer que la web sea legible por las máquinas y no solo por los humanos.

La idea básica de la WEB 3.0 es definir la estructura de los datos y enlazarlos mediante varias aplicaciones para conseguir una mayor efectividad en su descubrimiento, automatización, integración y reutilización. La WEB 3.0 intenta enlazar, integrar, y analizar datos procedentes de varias bases de datos para obtener flujos de información nuevos. Es capaz de mejorar la gestión de datos, promover la accesibilidad del internet móvil, estimular la creatividad y la innovación, animar el fenómeno del factor de globalización, aumentar la satisfacción de los usuarios y ayudar a organizar la colaboración en la web social<sup>508</sup>.

La WEB 4.0 (la Web Ultra-Inteligente), se espera construir entre 2020 y 2030, y será la nueva evolución de la WEB 3.0. Esta web ultra inteligente contendrá avances en inteligencia artificial, nanotecnología, telecomunicaciones y control de

---

<sup>507</sup> MARKOFF, J., «Entrepreneurs See a Web Guided by Common Sense», en *The New York Times* (2006), en <https://www.nytimes.com/2006/11/12/business/12web.html> (Consultado 19/11/2017).

<sup>508</sup> Cf. AGHAEI, S., NEMATBAKHS, M. A., & FARSANI, H. K., « Evolution of the World Wide Web...», cit. p. 5.

interfaces, donde la función principal de las máquinas será leer los contenidos de la web y decidir que contenidos se va a ejecutar.

Será la concurrencia de lectura y escritura. Esta nueva fase no será realmente una nueva versión, sino una versión alternativa de lo que tenemos en la actualidad. La WEB 4.0 conectará todos los dispositivos del mundo real y el virtual en tiempo real, proporcionando una comunicación entre los dos mundos en la denominada “web simbiótica”.

La quinta generación de la web será la WEB 5.0, o web “Sensorial-Emotiva”, denominada la web sensible. Lo primero que incorporará será la percepción de hologramas, utilizando los mundos virtuales y la realidad aumentada. Esta web estará diseñada para desarrollar ordenadores que interaccionen con los seres humanos, llegando a ser habitual para muchas personas.

Aunque en la actualidad la web es neutra desde el punto de vista emocional, es decir, no percibe lo que los usuarios sienten. Por supuesto que las emociones son todavía difíciles de esquematizar, pero ya existen tecnologías que permiten medir sus efectos. Un ejemplo es “www.wefeelfine.org” que rastrea frases emocionales en la web, las categoriza y registra la frecuencia y la localización de grupos de sentimientos. Y otro ejemplo es la compañía Emotive System que ha creado neurotecnología, y utilizando auriculares, los usuarios pueden interaccionar con contenidos que respondan a sus emociones o a cambios de expresión facial de sus avatares en tiempo real<sup>509</sup>.

#### 6.6.2. Las redes sociales

Las redes sociales (*social network sites*) se definen como servicios basados en la web que permiten a las personas: construir un perfil público o semipúblico dentro de un sistema delimitado, articular una lista de otros usuarios con los que comparten la conexión, y ver y atravesar sus listas de contactos y los que han establecido otros dentro del sistema. La naturaleza y la nomenclatura de estos contactos pueden variar de un sitio a otro.

---

<sup>509</sup> Cf. PARVATHI, M., & MARISELVI, R., «A bird’s eye on the Evolution - Web 1.0 to Web 5.0: Lib 1.0 to Lib 5.0», en *International Journal of Advanced Research Trends in Engineering and Technology* 4 (2017), p. 170.

Lo que hace únicas a las redes sociales no es tanto que permitan a los individuos conocer a desconocidos, sino que más bien hacen posible que los usuarios expresen y hagan visible sus redes sociales. Esto puede producir contactos entre individuos que no se producirían de otra forma, pero este no suele ser el objetivo, y estos encuentros con frecuencia se producen entre “relaciones latentes” que comparten algún contacto. En la mayoría de las redes sociales, los participantes no están necesariamente interconectando o buscando conocer gente nueva; sino que sobre todo se comunican con personas que ya forman parte de su extensa red social<sup>510</sup>.

Aunque en la década de los años noventa se crearon un gran número de redes sociales de diferente tipo, fue en la década de los años dos mil donde las redes sociales recibieron un impulso impresionante. Estas redes sociales estimularon enormemente y transformaron las interacciones entre las personas y las organizaciones que compartían intereses comunes en música, educación, cine, y amistad<sup>511</sup>.

Algunas de las plataformas líderes, en la actualidad, en las redes sociales, son las siguientes:

- Facebook. Es la plataforma de redes sociales más popular. Desarrollada originariamente en 2004 por Mark Zuckerberg como una forma de contacto de los estudiantes de la Universidad de Harvard, pronto estuvo disponible para otras universidades seleccionadas, y en la actualidad se encuentra disponible para cualquiera en todo el mundo. Permite a los usuarios conectar con amigos, familiares, y conocidos, y les ofrece la oportunidad de publicar y compartir contenidos tales como fotos y actualizaciones de su situación. Sobre la tercera parte de los usuarios de internet tiene una cuenta en Facebook, y siete de cada diez lo utiliza diariamente; todo esto nos resalta el carácter habitual y ritualizado de la utilización de la plataforma<sup>512</sup>.

---

<sup>510</sup> Cf. BOYD, D. M., & ELLISON, N. B., «Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship», en *Journal of Computer-Mediated Communication* 13 (2008), p. 211.

<sup>511</sup> Cf. EDOSOMWAN, S., et al., «The History of Social Media and its Impact on Business», en *Journal of Applied Management and Entrepreneurship* 16 (2011), p. 81.

<sup>512</sup> Cf. PAPIC, Z. M., KARANAC, R., & PAPIC, M., «Possibilities of using certain social network in education», en *Journal Plus Education* 16 (2016), p. 237.

- Twitter. Se fundó en 2006 y se ha categorizado como un sitio de micro blogging, donde los usuarios interactúan en tiempo real utilizando mensajes de ciento cuarenta caracteres (tweets) para sus seguidores (*followers*). Los usuarios pueden conversar utilizando menciones, réplicas, y etiquetas (*hashtags*). Esta plataforma ganó mucha popularidad debido a que la utilizan muchas personas famosas<sup>513</sup>.

- Instagram. Es una aplicación para móviles de intercambio de fotografías creada en 2010, que permite a los usuarios tomar fotos y pequeños videos, aplicarles filtros, y compartirlas en la propia plataforma, y también en otras plataformas como Facebook y Twiter.

- Snapchat. Snapchat es una aplicación de red social para móviles, creada en 2010 para permitir a los usuarios enviar y recibir fotos y videos urgentes, que expiran después de verse. La especificidad de esta plataforma, que también ha adoptado Instagram, es su capacidad para poder seleccionar que audiencia va a visionar el contenido<sup>514</sup>.

- YouTube. Diseñado y lanzado en 2005 por la compañía PayPal y comprado al año siguiente por Google, es una plataforma enorme de videos online. Aunque con el tiempo han surgido otros servicios similares que copian el concepto de You Tube, ninguno ha llegado a ser tan popular. Esta plataforma publica cada minuto casi trescientas horas de material de video de toda clase, desde música y entretenimiento a noticias, consejos, programas de televisión, o experiencias personales. La utilización de YouTube es tan extensa que no solo se considera una parte esencial de nuestro tiempo libre o de oportunidad de desarrollo de negocio, sino que se ha convertido en un aliado completo para el proceso de aprendizaje, ya sea en educación formal o informal. YouTube tiene una sección especial

---

<sup>513</sup> Cf. EDOSOMWAN, S. et al., «The History of Social Media...», cit. p. 84. El actual presidente de los Estados Unidos, Donald Trump, es un gran aficionado a expresar sus opiniones (muchas veces controvertidas) por medio de esta plataforma.

<sup>514</sup> Cf. ALHABASH, S., & MA, M., «A Tale of Four Platforms: Motivations and Uses of Facebook, Twitter, Instagram and Snapchat Among College Students?», en *Social Media + Society* 3 (2017), p. 2.

orientada primariamente a la educación y contenidos compatibles con la educación en su sentido más amplio<sup>515</sup>.

- Google+. En 2011 la compañía Google lanzó su red social Google +, inicialmente solo aceptaba invitados pero en la actualidad se encuentra abierta a todos los usuarios interesados. Es muy parecida a Facebook y ofrece características similares, aunque ha introducido algunas funciones nuevas en el mundo de las redes sociales<sup>516</sup>.

### 6.6.3. Internet de las cosas

El Internet de las Cosas (*Internet of Things*, IoT), también denominada el Internet de los Objetos (*Internet of Objects*) lo va a cambiar todo, incluidos nosotros mismos. Aunque esto pueda parecer una afirmación temeraria, hay que tener en cuenta como Internet ya ha causado un impacto considerable en la educación, comunicación, negocios, ciencia, gobernanza, y en la humanidad. Está claro que Internet ha constituido una de las obras más importantes y poderosas de la historia de la humanidad.

Ahora tenemos que considerar que el Internet de las Cosas representa la próxima evolución de Internet dando un paso de gigante en su capacidad para acumular, analizar, y distribuir datos que se pueden transformar en información, conocimiento, y en última instancia sabiduría.

En este contexto, el Internet de las Cosas va a ser enormemente importante. En la actualidad ya se están llevando a cabo proyectos de Internet de las Cosas para intentar acortar la distancia entre los ricos y los pobres, mejorar la distribución de los recursos mundiales hacia aquellos que los necesitan más, y a ayudar a entender a nuestro planeta para que seamos más proactivos en vez de reactivos<sup>517</sup>.

---

<sup>515</sup> En la página <http://www.youtube.com/education>, los visitantes pueden encontrar videos de universidades muy conocidas y menos conocidas de todo el mundo.

<sup>516</sup> Cf. PAPIĆ, Z. M., KARANAC, R., & PAPIĆ, M., «Possibilities of using certain social network...», cit. pp. 238-239.

<sup>517</sup> Cf. EVANS, D., *The Internet of Things—How the Next Evolution of the Internet Is Changing Everything* (2011), en



El término “Internet de las Cosas” lo utilizó por primera vez Kevin Ashton en 1999, para describir un sistema en el que los objetos del mundo físico se podían conectar a Internet mediante sensores. Ashton acuñó el término para ilustrar el poder de conectar a internet las etiquetas de Identificación de Radio Frecuencia (*RadioFrequency Identification*, RFID) que se usaban en las cadenas de suministro de las empresas, para poder contar y trazar las mercancías sin necesidad de la intervención humana.

Hoy en día, el Internet de las Cosas se ha convertido en un término popular para describir escenarios en los que la conectividad a internet y la capacidad de computación se extiende a varios objetos, aparatos, sensores, y elementos de uso diario<sup>518</sup>.

El concepto de Internet de las Cosas es hacer que cada uno de los objetos en el mundo que estén capacitados para conectarse a la red, estén efectivamente conectados, representando una visión en Internet que se extiende dentro del mundo real abrazando los objetos de la vida diaria.

En la infraestructura de la red, el concepto de “Cosas” se refiere a cualquier actor participante real o virtual, como los objetos del mundo real, los seres humanos, los datos virtuales, y los agentes de software inteligente. El propósito del Internet de las Cosas es la creación de un entorno en el que la información básica de cada uno de los actores autónomos interconectados se pueda compartir de forma eficiente con los otros en tiempo real.

En las comunidades de investigadores y de industrias relevantes, existen muchas definiciones para el “Internet de las Cosas”. Las definiciones pueden surgir de la palabra “Internet” y dar lugar a una visión “orientada a Internet”, o de la palabra “Cosas” y dar lugar a una visión “orientada a las Cosas”. Al poner juntos el mundo de Internet y el de las Cosas, semánticamente significa una red mundial de objetos interconectados accesibles de forma exclusiva, basada en protocolos estándar de comunicación.

---

[www.cisco.com/c/dam/en\\_us/about/ac79/docs/innov/IoT\\_IBSG\\_0411FINAL.pdf](http://www.cisco.com/c/dam/en_us/about/ac79/docs/innov/IoT_IBSG_0411FINAL.pdf).

(Consultado 26/09/2017), p. 2.

<sup>518</sup> Cf. MULANI, T. T. & PINGLE, S. V., «Internet of Things», en *International Research Journal of Multidisciplinary Studies* 2 (2016), p. 1.

La hoja de ruta de la Unión Europea para la investigación estratégica considera el Internet de las Cosas como una parte integrada de cualquier forma futura de Internet:

*“Internet of Things (IoT) is an integrated part of Future Internet and could be defined as dynamic global network infrastructure with self configuring capabilities based on standard and interoperable communication protocols where physical and virtual “things” have identities, physical attributes, and virtual personalities and use intelligent interfaces, and are seamlessly integrated into the information network.*

*In the IoT, “things” are expected to become active participants in business, information and social processes where they are enabled to interact and communicate among themselves and with the environment by exchanging data and information “sensed” about the environment, while reacting autonomously to the “real/physical world” events and influencing it by running processes that trigger actions and create services with or without direct human intervention”<sup>519</sup>.*

Desde que se introdujo este concepto en 2005, se han implementado una serie objetos inteligentes “capaces de conectarse” con capacidades de comunicación, sensoriales, y de acción con numerosas aplicaciones como en áreas de salud, edificios inteligentes, redes sociales, monitorización de medio ambiente, transporte y logística, etc. Todas las aplicaciones del Internet de las Cosas se basan en la recolección de datos a partir de objetos inteligentes con capacidad de conexión a la red y en la infraestructura de información del Internet de las Cosas para transmitir los datos<sup>520</sup>.

Hay que destacar la extraordinaria importancia del Internet de las Cosas, y para ello es necesario comprender las diferencias que hay entre Internet y World

---

<sup>519</sup> VERMESAN, O. et al., *European Commission: Internet of things strategic research roadmap*, en [http://www.internet-of-things-research.eu/pdf/IoT\\_Cluster\\_Strategic\\_Research\\_Agenda\\_2009.pdf](http://www.internet-of-things-research.eu/pdf/IoT_Cluster_Strategic_Research_Agenda_2009.pdf) (Consultado 05/10/2017) (2009), p. 6.

<sup>520</sup> Cf. YANG, S. H. « Internet of Things», en *Wireless Sensor Networks: Signals and Communication Technology*, TUCKER, B. (Ed.), Londres 2014, pp. 247-248.

Wide Web, la Web (la red). Estos dos términos se usan muy a menudo de forma intercambiable, pero son dos cosas diferentes.

El Internet es la capa física o red que está integrada por conmutadores, routers, y otros equipamientos. Por otra parte, la Web es una capa de aplicación que opera encima de Internet, y cuya función primaria es proporcionar una interfaz que haga utilizable la información que fluye a través de Internet.

Como hemos comentado en apartados anteriores, la Web ha transitado a través de diferentes etapas evolutivas (WEB 1.0 a WEB 5.0). Sin embargo, Internet ha transcurrido en una trayectoria estable de desarrollo y mejoras, pero presumiblemente no ha cambiado mucho.

Esencialmente hace las mismas cosas ahora que para las que fue diseñado que hiciera durante la era de ARPANET. Por ejemplo, en los primeros días existían varios protocolos de comunicación, entre los que se encontraba el IP, que es todavía hoy el que se utiliza de forma estándar.

Es en este contexto donde el Internet de las Cosas se convierte en sumamente importante porque esta es la primera evolución real de Internet, un salto que conducirá a aplicaciones revolucionarias que tienen el potencial de mejorar de forma dramática la forma en la que las personas viven, aprenden, trabajan, y se entretienen<sup>521</sup>.

Algunos de los dominios principales que se han identificado para la aplicación del Internet de las Cosas, son los siguientes:

- Dominio Industrial. Actividades que implican transacciones comerciales o financieras entre compañías, organizaciones y otras entidades. Por ejemplo, manufacturas, logística, sector servicios, banca, intermediarios, etc.
- Dominio Medioambiental. Actividades relacionadas con la protección, la monitorización y el desarrollo de todos los recursos naturales. Por ejemplo, agricultura y ganadería, reciclaje, servicios de gestión del medio ambiente, gestión energética, etc.
- Dominio Social. Actividades e iniciativas relacionadas con el desarrollo y la inclusión de sociedades, ciudades y personas. Por ejemplo, servicios gubernamentales hacia ciudadanos y otras estructuras sociales (e-

---

<sup>521</sup> Cf. EVANS, D., *The Internet of Things—How the Next Evolution...*, cit. p. 5.

participación), e-inclusión (sensores para personas mayores, discapacitados), etc<sup>522</sup>.

#### 6.6.4. Internet y Derecho

En apartados anteriores discutimos la dependencia que presentaban las tradiciones jurídicas con la oralidad, la escritura y la imprenta; y se indicó como el Derecho no se puede separar de su materialización tecnológica. En la actualidad nos enfrentamos a un mundo digitalizado, en un entorno inteligente con sistemas con múltiples agente híbridos, con monitorización en tiempo real y con adaptación también en tiempo real a las preferencias personales, es por ello que la normativa jurídica se tendrá que reinventar.

Si seguimos dependiendo de un Derecho que se integra en un material impreso puede resultar que acabemos moviéndonos como un dinosaurio, ya que sigue una “lógica” que no se corresponde con la “lógica” actual del almacenamiento masivo de datos y la extracción de datos inteligentes.

Si le damos la espalda a la integración tecnológica de las normas jurídicas puede que no lleguemos a discriminar la información del ruido y puede que no tengamos acceso al conocimiento que es lo que marcaría la diferencia. En este caso, el Derecho no puede proporcionar ninguna clase de poder compensatorio, y no tendría oportunidad de integrar los derechos de transparencia, ni de integrar de manera efectiva la opacidad requerida para disfrutar de las libertades consagradas en las democracias constitucionales.

Por supuesto que esto no significa que el Derecho escrito y no escrito se deba desechar, ya que se conoce que el Derecho escrito depende del Derecho no escrito, como cualquier sistema depende del mundo del que se alimenta y nutre. De forma que el Derecho digitalizado, probablemente dependerá del Derecho escrito y no escrito, extendiendo su ámbito y su capacidad para proporcionar una protección efectiva frente a la manipulación<sup>523</sup>.

Muchos autores han discutido como las propiedades especiales de los medios electrónicos mejorarán o requerirán ajustes en ramas del Derecho como la

---

<sup>522</sup> Cf. VERMESAN, O. et al., *European Commission: Internet of things...*, cit. p. 11.

<sup>523</sup> Cf. HILDEBRANDT, M., «A Vision of Ambient Law...», cit. pp. 185-186.

propiedad intelectual o las ventas, el antimonopolio o los delitos de información y los procedimientos civiles. Otros autores, sin embargo, se han decantado por explorar no un área del Derecho sino el ciberespacio, y preguntarse cómo podría el Derecho estructurar y regular de la mejor forma este nuevo campo.

Las propuestas de reforma han ido de la mano con las predicciones sobre el probable impacto futuro de Internet y otras tecnologías de la información. La mayoría de los académicos adoptan una perspectiva a corto-medio plazo y especulan sobre como los medios electrónicos alterarán el trabajo tradicional que realizan las instituciones jurídicas: regulación de la expresión, educación, promulgación de regulaciones y decisiones de adjudicación, asegurar el cumplimiento de las normas, y la redacción de documentos y el análisis de los riesgos potenciales de clientes<sup>524</sup>.

Hay que enfatizar la importancia fundamental de esta nueva era de la comunicación digital a la hora de configurar determinadas doctrinas e instituciones, pero también su efecto sobre la tendencia general de la cultura jurídica. El medio utilizado para contener y diseminar el Derecho configura poderosamente lo que piensan y hacen los juristas; así se favorece la manera de razonar, su estilo a la hora de resolver litigios y el ejercicio del poder, su identidad y su función social, y sus valores reinantes.

Algunos autores describen la evolución histórica del Derecho como una transición desde la edad del lenguaje, a la de la escritura, después a la de la imprenta, y por último a de la electrónica. De hecho, el Derecho actual no hubiera sido posible sin las propiedades especiales de la imprenta, estas propiedades han influido y todavía afectan a los valores y procesos del Derecho.

La era de la electrónica está reelaborando el Derecho de forma profunda al igual que lo hizo la imprenta en su tiempo. Esta cultura jurídica futura no es discontinua con el presente sino una extensión de las tendencias que ya están en

---

<sup>524</sup> Cf. CARRINGTON, P. D., «Virtual Civil Litigation: a Visit to John Bunyan's Celestial City», en *Columbia Law Review* 98 (1998), pp. 1516-1517; BARTLETT, R., «Developments in the Law--The Law of Cyberspace», en *Harvard Law Review* 112 (1999), pp. 1581-1582; Cf. MARTIN, P. W., «The Internet: "Full and Unfettered Access" to Law – Some Implications», en *Cornell Northern Kentucky Law Review* 26 (1999), pp. 181-182.

marcha. Aunque las implicaciones de Internet ya son evidentes en la actualidad, la cultura jurídica de la web será cada vez más clara al ir los nuevos medios reorientando las prácticas profesionales y los hábitos de pensamiento<sup>525</sup>.

Comentamos en apartados anteriores como la imprenta fomentó la descontextualización, tanto reduciendo el trabajo necesario para preservar el Derecho de generación en generación, como reacondicionado la mente y fomentando la abstracción y respaldando la resolución de litigios. En contraste con esto, las comunicaciones electrónicas prometen una nueva "recontextualización".

El cambio de la información impresa a la información electrónica proporciona al Derecho un entorno nuevo, un entorno que es menos fijo, menos estructurado, menos estable y en consecuencia más versátil y volátil. El Derecho es un ámbito orientado en torno a trabajar con la información.

Al surgir nuevos modos de trabajar con la información, no se puede esperar que el Derecho funcione o sea visto de la misma manera que lo hacía en una era en la que el medio impreso era el medio principal de comunicación. Este cambio a la tecnología electrónica implica también una serie de cambios en cómo se transmite, se utiliza, se almacena, y se presenta la información<sup>526</sup>.

Los medios electrónicos aprecian los antecedentes y el contexto que desfavorecía la era de la imprenta. El acceso indiscriminado a las bases de datos pondrá en primer plano la sociología, la política, y la psicología de forma tan fácil como los casos y los tratados. No solo se alentará las tendencias interdisciplinarias de la cultura jurídica, sino que también se ampliará el rango sensorial y por tanto emocional del Derecho.

Las imágenes digitales, música, poesía, drama, y discurso se unirán con el texto en paquetes de información flexibles y personalizados. Para algunos autores, el derecho electrónico tiene la capacidad para ampliar su repertorio intelectual, afectivo y superar el sesgo de la imprenta por constreñir la información. Desaparecerán los análisis lógicos y abstractos separados que se

---

<sup>525</sup> Cf. ROSS, R. J., «Communications Revolutions and Legal Culture...», cit. pp. 637-638.

<sup>526</sup> Cf. KATSH, E., «Law in a Digital World: Computer Networks and Cyberspace», en *Villanova Law Review* 38 (1993), p. 406.

asocian con la impresión y se tenderá a una estimación de lo contextual, concreto y emotivo.

El Derecho estará más cercano a una jurisprudencia más completa e impulsada más por consideraciones equitativas que por las normas formales. El Derecho electrónico debilitará los valores asociados a la imprenta como la predictibilidad, la uniformidad y la universalidad<sup>527</sup>.

La era digital plantea una serie de cuestiones importantes relacionadas con aspectos fundamentales del Derecho. El sentido lineal del tiempo inherente al Derecho moderno, enfrentado con los segmentos y puntos que definen su entorno digitalizado (comparemos la lectura de un libro con “zapear” en la televisión o navegar por la web).

La lenta acumulación de textos legales como estatutos, tratados, casos legales y doctrinas que se necesita estudiar e interconectar, enfrentados al acceso online instantáneo a todas las fuentes del Derecho (comparemos los manuales de casos seleccionados con el acceso directo a todas las sentencias; o comparemos un libro impreso con el hipertexto).

Comparemos el retraso y la duración inherente a las garantías procesales que encarna la protección frente a juicios precipitados, enfrentados con series de decisiones en tiempo real tomadas por sistemas multiagente en entornos inteligentes. La moderna ambición del Derecho por alcanzar una aplicación igualitaria de las normas jurídicas generales a casos iguales (ejemplificando la tendencia del Derecho a la universalización y la sistematización), enfrentado con la personalización y la contextualización refinada que hace posible las tecnologías avanzadas de extracción de datos.

El cuidado con el que la Teoría del Derecho ha construido y sostenido la teoría de la legitimización y la evaluación crítica del Derecho Positivo, enfrentado con un mundo donde los modelos reemplazan a la teoría (demandando efectividad en vez de correspondencia con la realidad).

La práctica hermenéutica del Derecho (implicado siempre con la interpretación de los hechos del caso y con las normas jurídicas que se deberían aplicar), enfrentado con un mundo en el que la simulación más que la

---

<sup>527</sup> Cf. ROSS, R. J., «Communications Revolutions and Legal Culture...», cit. pp. 650-651.

interpretación resulta que es la mejor manera de anticipar eventos futuros. El énfasis sobre el significado como una referencia al mundo exterior al Derecho, enfrentado con un énfasis sobre los enlaces y las redes y las consecuencias reales de hacer algo de una forma o de otra.

El énfasis en la certidumbre jurídica, la coherencia intrasistémica, la continuidad y la estabilidad (doctrina jurídica y jurisprudencia), enfrentado con un mundo fluido que cambia con rapidez que necesita monitorización permanente en tiempo real (reconocimiento de patrones) en vez de la construcción lenta de un conocimiento perdurable que es universal y sobrevive a los estragos del tiempo<sup>528</sup>.

---

<sup>528</sup> Cf. HILDEBRANDT, M., «A Vision of Ambient Law...», cit. pp. 186-187.



**CAPÍTULO VII -  
IMPACTO Y  
CONSECUENCIAS  
JURÍDICAS DE INTERNET  
SOBRE LOS DERECHOS  
FUNDAMENTALES DE LA  
PERSONALIDAD**



## CAPÍTULO VII - IMPACTO Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE INTERNET SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONALIDAD

Desde la aparición de Internet como herramienta digital las ventajas para la comunicación y la interacción social han sido numerosas, desde la transmisión de información e ideas a cualquier punto del planeta hasta el intercambio de bienes y servicios, sin embargo, también es cierto que su utilización trae consigo algunos aspectos negativos.

A través de la Red se pueden llegar a realizar acciones que pueden vulnerar la dignidad humana a través de páginas web que promueven la xenofobia o la discriminación, también se puede atentar contra las personas o incluso la seguridad de los Estados por medio de los ciberdelitos o acciones de ciberterrorismo<sup>529</sup>.

Teniendo en cuenta en este balance tanto positivo como negativo, lo que resulta obvio es que Internet se ha convertido en el eje principal del día a día de las personas, pues afecta a casi todas las facetas personales, sociales e incluso económicas de los ciudadanos y las estructuras políticas.

Por ello es necesario poner el foco en cómo afecta el imparable desarrollo de las nuevas tecnologías de la información a los derechos fundamentales que afectan al honor, a la intimidad y a la imagen. Las actividades relacionadas con estos derechos pueden afectar a la privacidad de los usuarios, o también pueden generar un conflicto con otros derechos como la libertad de expresión<sup>530</sup>.

El denominado Ciberespacio es, sin duda, infinitamente único y diferente, se puede decir que está configurado como un mundo digital completamente

---

<sup>529</sup> Cf. TREJO GARCÍA, E., *Regulación jurídica de Internet*, México 2006, p. 16.

<sup>530</sup> Cf. SÁNCHEZ GÓMEZ, A., «Las nuevas tecnologías y su impacto en los derechos al honor, intimidad, imagen y protección de datos del menor. Mecanismos jurídicos de protección: carencias, interrogantes y retos del legislador», en *Rev. Bolív. De Derecho* 23 (2017), p. 171.

nuevo que posee una frontera con el mundo real. Este carácter único implica que las antiguas formas de control y los abordajes que realice la ley sobre el mundo digital resulten en intentos inoperantes, nulos e ineficaces<sup>531</sup>.

Internet es una realidad muy reciente, que además, por sus propias características se conforma en una suerte de carrera o persecución en la cual la ley y el Estado de Derecho siempre van en una segunda posición, mientras que la Red se mantiene en primer lugar y a bastante distancia, de modo que se pueden producir situaciones en las cuales pueden transcurrir días, meses o incluso años antes de que las leyes se adapten a los conflictos que pueda generar el mundo digital en la sociedad<sup>532</sup>.

La ausencia de regulación o la ineficacia de esta tampoco debe implicar que el legislador desatienda la tarea de ocuparse de la regulación jurídica de la Red al darla por imposible, de hecho como se ha evidenciado, las transformaciones que van sucediendo en la sociedad no son algo completamente nuevo y original, así si el mayor peligro que entrañaba por ejemplo, para el honor o la intimidad, eran los medios de comunicación, los cuales también presentaban complejidad en su regulación, sería absurdo abandonar esta tarea con la aparición de Internet<sup>533</sup>.

Si bien es cierto que las nuevas tecnologías presentan un reto aún mayor, pues están integradas en la vida de los ciudadanos con una mayor presencia e

---

<sup>531</sup> Cf. PENNEY, J. W., «Understanding The New Virtualist Paradigm», en *Journal of Internet Law* 8 (2009), en <https://ssrn.com/abstract=1355392> (Consultado 10/02/2018).

<sup>532</sup> Conviene destacar que este mundo digital también posee una población compuesta de “habitantes digitales”, los cuales como si la tarea de una configuración de una nueva sociedad se tratase se dotan de una propia autorregulación en la cual comparten su propia cultura y normas para controlar el comportamiento de los usuarios. En este sentido algunos autores han comparado la autorregulación de Internet como si fuera una población establecida en el salvaje oeste americano del siglo XIX. Vid. GIBBONS, LL. J., «No Regulation, Government Regulation or Self-Regulation: Social Enforcement or Social Contracting for Governance in Cyberspace», in *Cornell Journal of Law and Public Policy* 6 (1997), p. 476.

<sup>533</sup> Cf. SÁNCHEZ GÓMEZ, A., «Las nuevas tecnologías y su impacto en los derechos...», cit. p. 181.

intensidad, también es cierto que al ser así, todos los usuarios pertenecen a esta comunidad digital de una manera u otra, por lo tanto los parámetros de educación y concienciación social van a ser capitales a la hora de confrontar estos problemas<sup>534</sup>.

Estos parámetros junto con los mecanismos jurídicos que deben proporcionar las leyes para adaptarse a estos conflictos relacionados con los derechos fundamentales van a apoyarse además en las decisiones de los jueces, cuyas sentencias sentarán en muchas ocasiones las bases para orientar la regulación al existir lagunas en algunos ámbitos<sup>535</sup>.

No obstante, la jurisprudencia tampoco es la panacea para solucionar los problemas digitales que aparezcan, pues Internet crea muchos retos que son difíciles de abordar por los juzgados. Estos retos se pueden sintetizar en un doble sentido:

- Respecto a la determinación de la jurisdicción, pues al ser Internet un ente global que traspasa cualquier frontera existen implicaciones muy relevantes en lo que respecta al derecho internacional tanto público como privado<sup>536</sup>.
- Respecto a la determinación del contenido del conflicto, ya que al existir lagunas legales será el juez el que a través de la interpretación y otros mecanismos deba dar respuesta al conflicto que se presente. Por lo que se puede dar la contradicción de que existan dos respuestas diferentes a dos casos que presenten muchas similitudes<sup>537</sup>.

Es preciso entender que, al desarrollarse Internet a una velocidad vertiginosa y al estar siempre por delante de las leyes, la regulación que se ocupe de proteger los derechos ha de ser flexible y con capacidad de adaptación. Lo cual implica que se revisen conceptos y modelos que están muy arraigados en la sociedad, pues los derechos de la personalidad se engloban dentro de pilares

---

<sup>534</sup> Ivi, p. 179.

<sup>535</sup> Ibidem, p. 188.

<sup>536</sup> Cf. WHITEHEAD, R. & SPIKES, P., «Determining Internet jurisdiction», en *The CPA Journal* 73 (7) (2003), p. 25.

<sup>537</sup> Ibidem, p. 26.

poco dispuestos al movimiento y la reforma, como es en el caso en Derecho de los textos constitucionales<sup>538</sup>.

Se van a analizar en este capítulo como se configuran los derechos fundamentales de la personalidad en España, entendiendo por los mismos los que afectan a la esfera personal del ciudadano y que están relacionados con el uso de las redes (honor, intimidad y propia imagen), además de las vicisitudes que pueden generar con otros derechos fundamentales, especialmente con el derecho a la libertad de expresión.

De esta forma se podrá establecer una visión general que permita a posteriori explicar nuevas figuras jurídicas y estructuras digitales que han surgido a raíz de la relación de las nuevas tecnologías con esta área específica del Derecho, así como analizar algunas particularidades de los derechos fundamentales mencionados cuando se desenvuelven en el espectro digital.

### 7.1. ¿QUÉ SON LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD?

Los derechos denominados como de la personalidad se refieren a aquellos derechos que están intrínsecamente relacionados y tienen como objeto directo la protección de la esfera personal y aquellos bienes que determinan atributos tanto físicos como morales del hombre.

Sin ellos no podría entenderse la existencia misma de la persona y tampoco las interacciones o actividades que surjan a consecuencia de la inherencia propia de estos valores y bienes. Existe discrepancia en la doctrina sobre si deberían ser considerados como un único ente global, por el cual la personalidad se configura en un único derecho; o si bien, esta debería dividirse en tantos derechos como aspectos de la personalidad puedan existir<sup>539</sup>.

---

<sup>538</sup> Cf. LONDOÑO, A. M., *El Internet en el Derecho Colombiano*, Bogotá 2000, p. 9.

<sup>539</sup> Cf. CIJUL EN LÍNEA, *Valores de la Personalidad*, (2009) en <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal-investigaciones.php?x=NjQy>, (Consultado 15/11/2017), pp. 2-3. La doctrina establece dos teorías al respecto: la teoría monista que considera a la personalidad como un concepto universal y por lo tanto se ampara en el derecho general para ser protegido, así valores como la conservación o la libre actuación se amparan globalmente; y la teoría atomista, que establece que la personalidad no puede ser un

Cuando se habla de derechos de la personalidad, se hace bajo el espectro de la rama del ordenamiento jurídico relacionada con el derecho constitucional y el derecho internacional público, por ello se puede llegar erróneamente a la conclusión de identificarlos plenamente con los derechos humanos.

Resulta necesario delimitar esa línea de distinción entre ambos, pues los derechos de la personalidad no sólo se ocupan de los particulares, sino también de otros sujetos colectivos, mientras que los derechos humanos no podrían relacionarse con estos últimos (como sería por ejemplo el Estado), ya que se pervertiría la esencia misma de los derechos humanos<sup>540</sup>.

Todo derecho de la personalidad incluye la dignidad humana como pilar fundamental de los mismos, por tanto todos aquellos derechos de la personalidad que no se vean reconocidos como derechos humanos o derechos fundamentales tendrán una conexión íntima con los que sí lo están<sup>541</sup>.

#### 7.1.1. Concepto y naturaleza

Existen diferentes definiciones que ayudan a un mejor encaje de los derechos, por ejemplo la dada por José Castán Tobeñas establece que los derechos de la personalidad atribuyen capacidades determinadas a todo aquel que posee personalidad, es decir, constituyen la esencia fundamental que se compone de las

---

derecho global, sino que se fragmenta en tantos derechos como valores existen, de modo que la libre expresión y la conservación son protegidos por regulaciones diferentes. Si bien también existe una aproximación intermedia en la cual los derechos de la personalidad se encuentran delimitados y protegidos por separado, pero no es un acotamiento rígido, por lo que la protección de los mismos puede deducirse los unos de los otros si fuera necesario.

<sup>540</sup> Cf. DE LA PARRA TRUJILLO, E., «Los Derechos de la personalidad: Teoría general y su distinción con los derechos humanos y las garantías individuales», en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* 31 (2001), p. 139-140.

<sup>541</sup> Cf. DE LAMA AYMÁ, A., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Barcelona 2005, p. 26.

cualidades físicas o morales que caracterizan al hombre, y estas se individualizan por el ordenamiento jurídico<sup>542</sup>.

Otros autores, en cambio, como Ernesto Gutiérrez y González redefinen el concepto anterior expresando que los derechos de la personalidad son determinadas cualidades físicas o psíquicas que son proyectadas por el ser humano, también se individualizan por el ordenamiento jurídico, pero con la salvedad de que no es el ser humano como ser individual, sino que se refiere a un tutelaje en el sentido amplio del ser humano como colectivo<sup>543</sup>.

Esta distinción entre “hombre” y “ser humano” es relevante porque esta última abarca un espectro mucho más amplio, tanto al hombre como ser individual como a las personas morales o jurídicas, que por lo general también gozan de los mismos atributos que deben ser protegidos por el ordenamiento jurídico como derechos de la personalidad.

Establece Federico de Castro y Bravo que la definición ideal debe ser la de persona, porque esta abarca tanto a los seres humanos como a las personas morales y jurídicas, tanto individuales como colectivas. Estos derechos derivan de la facultad que tiene el sujeto para que se habiliten herramientas jurídicas que protejan estos bienes que son fundamentales<sup>544</sup>.

Alberto Pacheco configura estos derechos de la personalidad como derechos subjetivos particulares intrínsecamente relacionados con los bienes morales, es tarea del propio ser humano individualizado defender su personalidad, no sólo frente a los demás, sino también frente a sí mismo. El problema radica precisamente cuando la ley debe considerar cuando se deben limitar estos derechos e inclinar la balanza si bien hacia el lado de la disminución de los derechos en pos de la protección de los derechos de un tercero, o ser flexible permitiendo al sujeto que desarrolle y ejerza sus derechos<sup>545</sup>.

Destaca a su vez la definición dada por Elvia Flores, la cual atribuye a estos derechos un doble aspecto:

---

<sup>542</sup> Cf. MENDOZA MARTÍNEZ, L. A., *La acción civil del daño moral*, México 2014, p. 24.

<sup>543</sup> *Ibidem*, pp. 24-25.

<sup>544</sup> *Ibidem*, pp. 25-26.

<sup>545</sup> *Ibidem*, p. 26.



- En primer lugar, en relación con la persona para consigo misma, lo cual implica el desarrollo de los derechos de la personalidad y su protección.
- En segundo lugar, en relación con los demás, lo que implica una facultad de reparación si un tercero daña o perjudica dichos derechos<sup>546</sup>.

El punto en común que une a cualquier definición a la que se le pueda dotar a los derechos de la personalidad es que estos derechos no se pueden entender sin la persona en sí misma, por tanto, la persona tiene personalidad y es sujeto de una serie de derechos y deberes. La personalidad se va a conformar como la proyección del ser humano en el mundo del Derecho<sup>547</sup>.

En cuanto a la naturaleza de jurídica de estos derechos, se va a mencionar las tres principales teorías que la determinan:

- Los derechos de la personalidad como derechos únicamente relacionados con la persona individual. La persona tiene unas herramientas que le permiten exteriorizar sus expresiones de forma interna y externa, pero el ámbito de desarrollo de los derechos termina con la persona como individuo.
- Los derechos de la personalidad como derechos del sujeto en relación con los demás. Los derechos de la personalidad se configuran como derechos subjetivos que otorgan al sujeto capacidad para hacerlos valer y respetar ante afrentas de terceros, no obstante, al ser derechos subjetivos se requiere que estén expresamente reconocidos en el ordenamiento jurídico.
- Los derechos de la personalidad como derechos morales. Se configuran en la esfera moral de la persona y no bajo parámetros asimilables a los derechos patrimoniales<sup>548</sup>.

---

<sup>546</sup> Ivi, p. 27. El ejemplo que mejor destaca la confrontación de derechos de la personalidad es el choque producido entre la libertad de expresión y el derecho al honor, de ambos se derivan muchos conflictos especialmente en el ámbito de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones.

<sup>547</sup> Cf. DE LA PARRA TRUJILLO, E., «Los Derechos de la personalidad: Teoría general...», cit. p. 141.

<sup>548</sup> Ibidem, pp. 144-145.

Si se parte de las teorías anteriores se pueden extraer una serie de conclusiones, en primer lugar, que los derechos de la personalidad no pueden entenderse sin la persona pero resultaría absurdo contemplarla como un ser aislado sin relación con los demás.

Y que se pueden configurar con una doble faceta, pues poseen todas las características de los derechos subjetivos al derivar de una norma jurídica y que su titular pueda ejercitarlos, y en el caso de verse perjudicado acudir a los tribunales en busca de amparo.

No obstante, también incluyen los denominados bienes morales, pues incluyen bienes que integran el fuero interno de la persona y, además, el sujeto pasivo de dichos derechos no siempre tiene una elección de hacer o no hacer según el derecho señalado. Así por ejemplo, en el derecho a la intimidad el sujeto tiene la opción de promulgar información fundamental sobre su persona, en cambio en el derecho a la vida no existe el denominado derecho a no vivir<sup>549</sup>.

Independientemente de la doctrina a seguir, la idea que se concibe es que el derecho de la personalidad es innato al individuo, y aunque es positivizado y definido por las leyes, pues necesita ser clasificado y contemplado según las circunstancias, lo cierto es que al partir del atributo de la dignidad humana es superior al ordenamiento jurídico<sup>550</sup>.

### 7.1.2. Características y clasificación

Se puede afirmar que todos los derechos de la personalidad son derechos fundamentales en cuanto son derechos inherentes a la persona y que derivan de la dignidad humana. Sin embargo, no se puede afirmar que todos los derechos fundamentales sean derechos de la personalidad, en cuanto a que en ocasiones se garantizan derechos de forma impersonal, a veces se habla de una única persona, otra veces se refieren a todas las personas, e incluso de nadie<sup>551</sup>.

---

<sup>549</sup> Ivi, p. 148.

<sup>550</sup> Cf. MENDOZA MARTÍNEZ, L. A., *La acción civil...*, cit. p. 28.

<sup>551</sup> Cf. DE LAMA AYMÁ, A., *La protección de los derechos de la personalidad...*, cit. pp. 31-32. Un ejemplo que confirmaría esta disquisición, sería el derecho de la personalidad de igualdad, reconocido en el artículo 14 de la Constitución española a los españoles, sin

Algunas de las características que se van a destacar de los derechos de la personalidad son los siguientes:

- Poseen carácter *erga omnes*. Significa que si alguna persona siente que sus derechos se ven perjudicados podrá oponer una acción reparadora, y esta se puede ejercer legítimamente frente a cualquier persona.
- Son derechos limitados. Significa que no son derechos absolutos, el ordenamiento jurídico debe establecer un equilibrio correcto por el cual en la sociedad hayan individuos que puedan disponer con libertad de sus derechos pero que tampoco se abuse de estas facultades.
- Son derechos intrasmisibles, irrenunciables e inembargables. Significa que aunque la voluntad del individuo sea transmitir estos derechos como si de unos bienes comerciales se tratara, esto es imposible, tampoco se les puede embargar ni ser objeto de un contrato civil o mercantil.
- Son bienes morales. Significa que no pueden ser cuantificables en un valor monetario.
- Son derechos subjetivos privados. Significa que pertenecen a la persona en sus relaciones con los demás, al margen de la protección que pueda otorgar una constitución<sup>552</sup>.
- Son derechos personalísimos. Significa que, como base general, son derechos que nacen y terminan con la persona, y sólo pueden ser ejercidos por el sujeto titular.
- Son derechos susceptibles a la mutabilidad. Esta última característica es la más compleja y que más conflicto suscita, significa que los derechos de la

---

embargo, se entiende que el derecho a la igualdad como derecho fundamental es reconocido a toda persona al margen de que sea español o no. Los derechos de la personalidad no deben confundirse ni identificarse con otras instituciones similares, pues aunque la dignidad de la persona es el punto que comparten, el desarrollo de la personalidad es algo bien distinto, si bien dichos derechos pueden y deben complementarse. Vid. DE LA PARRA TRUJILLO, E., «Los Derechos de la personalidad: Teoría general...», cit. p. 160.

<sup>552</sup> Cf. MENDOZA MARTÍNEZ, L. A., *La acción civil...*, cit. pp. 28-29.

personalidad tienen una afección jurídica diferente según la época y/o la sociedad<sup>553</sup>.

En cuanto a la clasificación que se pueda realizar para lograr una sistematización que ayude a una mejor comprensión de la dimensión de los derechos fundamentales, lo cierto es que dichas sistematizaciones difieren según la doctrina (aunque la mayoría los sistematiza siguiendo pautas muy similares).

Por ello, es recomendable utilizar la posición de la doctrina acorde al campo de estudio con el objetivo de buscar una mejor delimitación y protección. Señala Andrés Pacheco Escobedo que los derechos de la personalidad pueden clasificarse en:

- Derecho a la vida.
- Derechos sobre el cuerpo.
- Derechos sobre el cadáver.
- Derechos a la libertad personal.
- Derecho a la individualidad (derecho sobre el nombre y derechos de autor).
- Derecho a la consideración social (se incluyen el derecho al honor, el derecho a la intimidad personal y el derecho a la propia imagen)<sup>554</sup>.

---

<sup>553</sup> Cf. DE LA PARRA TRUJILLO, E., «Los Derechos de la personalidad: Teoría general...», cit. p. 150. Así, el derecho fundamental de libertad de expresión tiene una consideración diferente si la sociedad es alemana (donde la libertad de expresión no goza de un estatus preferencial, especialmente si se trata de expresiones que tienden al negacionismo del Holocausto) con la sociedad estadounidense (más proclive a favorecer cualquier tipo de ideas o expresiones). Vid. ESQUIVEL ALONSO, Y., «El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos», en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 35 (2016), pp. 30-31. Y también puede tener consideración diferente con la aparición de un nuevo hito tecnológico, pues lógicamente la regulación de la libertad de expresión no será la misma en una época de mediados de siglo XX en la que dominen los medios de comunicación tradicionales (por ejemplo únicamente la prensa y la televisión) que una sociedad en pleno siglo XXI en la que la influencia de Internet sea el principal medio de información.

De esta clasificación se pueden desprender varias consideraciones, pero la más relevante es que existe una división clara de aquellos derechos que están intrínsecamente relacionados con el uso de las nuevas Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, los derechos sobre la libertad personal (específicamente el derecho de libertad de expresión) y aquellos derechos a la consideración social (honor, intimidad e imagen).

El resto de derechos no son especialmente relevantes para los conflictos surgidos del uso de Internet, pues aunque si pudiéramos el derecho a la vida como ejemplo, ya que es, sin duda, el más relevante de los derechos de la personalidad porque sin la existencia de vida no existiría hombre alguno para reivindicar cualquier derecho, en la red los conflictos que están al orden del día son bien distintos<sup>555</sup>.

### **7.1.3. Regulación jurídica en España de los derechos de la personalidad con consideración social**

A medida que Internet va creciendo y aumentando cada vez más su influencia en la sociedad los ordenamientos jurídicos comienzan a considerar necesario la configuración de una serie de reglas especiales y se dotan de nuevas herramientas y recursos ante los nuevos fenómenos que surgen en el ciberespacio, como son las redes sociales.

El ordenamiento jurídico español presenta una peculiaridad respecto a las actividades relacionadas con la Red que necesitan de una regulación jurídica, y es que como resulta de cualquier cuestión jurídica es necesario definir el objeto antes de poder ser regulado.

Sin embargo, Internet como elemento no se encuentra plenamente definido en la legislación española, existen ciertos términos que aluden a generalidades como son la informática o los medios electrónicos, los cuales se supone que están incluidos dentro de la misma categoría.

---

<sup>554</sup> Cf. BAZÚA WITTE, A., *Los derechos de la personalidad. Sanción civil a su violación*, México 2005, pp. 17-18.

<sup>555</sup> Cf. CIJUL EN LÍNEA, *Valores de la Personalidad...*, cit. pp. 3-4.

Actualmente no existe una rama del ordenamiento jurídico destinada exclusivamente a regular Internet, pues la Red se aborda desde diferentes espectros interdisciplinarios del Derecho. Si bien, también es cierto que por el inevitable aumento de la influencia de la tecnología en la sociedad el denominado Derecho de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones se ha establecido como una rama más de la ciencia del Derecho.

Aunque esta no se puede considerar como una rama autónoma, pues incorpora conocimientos y elementos de otras ramas del Derecho. Si se tuviera que definir de algún modo al Derecho de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, habría que hacerlo como el conjunto de normas jurídicas de diferentes espectros del ordenamiento jurídico que regulan las actividades que se suceden en Internet<sup>556</sup>.

Dentro del ordenamiento jurídico español existen dos bloques diferenciados en cuanto al conflicto que pueden suscitar entre ellos en el mundo digital:

- Por un lado se encuentran el derecho al honor, el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen.
- Por el otro lado se encuentran el derecho a la libertad de expresión y el derecho de libertad de información.

Estos derechos presentan una serie de características, pues son derechos reconocidos como constitucionales de primer orden, y por lo tanto, al ser incluidos en la Sección 1ª, del Capítulo II, del Título I de la Constitución Española de 1978 se consideran como derechos fundamentales.

Estos derechos gozan de una alta protección por lo que sólo pueden ser desarrollados a través de Ley Orgánica, vinculan a todos los poderes del Estado y además son susceptibles de ser recurridos ante el Tribunal Constitucional por el recurso de amparo<sup>557</sup>.

---

<sup>556</sup> Cf. GARCÍA MIRETE, C. M. (Coord.), *Derecho TIC. Derecho de las tecnologías de la información y de la comunicación*, LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A. (Dir.), Valencia 2016, pp. 5-6.

<sup>557</sup> Cf. VILLANUEVA-TURNES, A., «El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y su choque con el derecho a la libertad de expresión y de información en el ordenamiento jurídico español», en *Dikaion* 25 (2016), pp. 194-195.

Si se toma de referencia en primer lugar los derechos de consideración social, estos quedan recogidos en el artículo 18.1 de la Constitución Española, el cual recoge literalmente que *“se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”*.

Estos derechos se recogen conjuntamente bajo el mismo epígrafe, no obstante, no deben ser considerados como tres conceptos equivalentes, todo lo contrario, resultan ser tres elementos jurídicos diferenciados y autónomos por sí mismos<sup>558</sup>.

Por tanto, son tres derechos autónomos, a los que les une la dignidad humana recogida en el artículo 10, pero con un contenido material y objetivos diferentes, pues los bienes morales y jurídicos que protegen no son los mismos. Aunque conviene señalar que históricamente estos derechos partían únicamente del valor moral del honor hasta que se desligaron, y aun así, la intimidad y la imagen muchas veces son confundidas en la actualidad<sup>559</sup>.

Esto es así porque cuando se vulnera alguno de los tres, es muy posible que también se vulnere al mismo tiempo uno o los otros dos, por lo que resulta complejo separarlos, especialmente en la Red. Lo cual no quiere decir que un derecho deba quedar subsumido por el otro, son bienes jurídicos distintos y, por tanto, la infracción y la violación de uno de ellos no debe implicar la de los otros<sup>560</sup>.

En cuanto a la titularidad de estos derechos, es conveniente señalar que, aunque a priori, pudiera parecer que las personas jurídicas están excluidas de esta protección, no es así, sino que derechos como el honor o la propia imagen se extienden a las mismas.

---

<sup>558</sup> Ivi, pp. 195-196.

<sup>559</sup> Cf. VOLPATO, S., *El derecho a la intimidad y las nuevas tecnologías de la información*, Sevilla 2016, pp. 65-66.

<sup>560</sup> Ibidem, p. 68, 75.

Aunque si existe una diferencia en lo que respecta a las personas jurídicas de tipo público y las de tipo privado, ya que según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional las de tipo público no lo serían<sup>561</sup>.

Actualmente existe un debate en la doctrina sobre si es correcto atribuir a una persona jurídica un derecho fundamental, como sería por ejemplo el derecho al honor, porque la base de los derechos fundamentales reside en la dignidad de los seres humanos. Ciertamente pueden llegarse a conclusiones contradictorias, porque por ejemplo si una entidad privada de carácter asociativo interpone una demanda por vulneración al honor, no será dicha entidad la afectada sino los individuos que forman parte de ella<sup>562</sup>.

Al margen de la Constitución existen también otras ramas menores del ordenamiento jurídico que afectan a los derechos fundamentales mencionados, sumariamente se van a mencionar únicamente:

- La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal español. La protección penal en España se encuentra especialmente ligada a la protección de la dignidad de la persona, con especial interés en la denominada protección de la vida privada. Con los avances tecnológicos el derecho penal español ha tenido que afrontar un doble aspecto, en primer lugar los delitos que son tradicionales (como la estafa, el fraude o las amenazas) que se pueden cometer a través de la red; y en segundo lugar, los denominados delitos informáticos que tienen que ver con delitos propiamente relacionados con las nuevas tecnologías y que precisan de su uso para poder desarrollarse (como el robo de datos en redes sociales o la alteración de un sistema informático).

- La Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. No estrictamente ligada a los

---

<sup>561</sup> Cf. VILLANUEVA-TURNES, A., «El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen...», cit. pp. 197-198; Vid. STC 139/1995, de 26 septiembre; Vid. STC 79/2014, de 28 de mayo.

<sup>562</sup> Cf. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria», en *Rev. Bolív. de Derecho* 23 (2017), pp. 93-96.



derechos fundamentales pero resulta relevante mencionarla debido a que su contenido regula el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios o actividades de intermediación (los cuales juegan un papel clave en la cuota de responsabilidad cuando existe la violación de un derecho fundamental, por ejemplo en una red social)<sup>563</sup>.

Por último, se establece una regulación de estos derechos fuera de España en los siguientes textos constitucionales:

- El artículo 12 de la Declaración de los Derechos Humanos.
- En el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- En el artículo 8 del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.
- En el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>564</sup>.

#### **7.1.4. Regulación jurídica de los derechos de la personalidad referidos a la libertad personal**

Internet ha transformado la percepción por la cual se envía y se recibe la información, es una plataforma social en la que se puede acceder inmediatamente a todo tipo de contenido e información. De este modo, la Red se configura como un nuevo paradigma para el desarrollo de los derechos de la personalidad que tienen que ver con la libertad de expresión y la libertad de información.

Estos dos derechos, como se verá más adelante, transgreden, y no en pocas ocasiones, a derechos como el honor, la intimidad y la propia imagen, este nuevo escenario plantea nuevas incógnitas. Tampoco es un planteamiento del todo novedoso, pues las nuevas tecnologías simplemente han puesto de relevancia un conflicto antiguo que ya existía con anterioridad a la aparición de Internet.

---

<sup>563</sup> Cf. AUGER, C., «Derecho al honor y a la intimidad: El problema en la realidad y en el derecho», en *La prensa y el derecho al honor y a la intimidad*, Santander 1989, p. 9.

<sup>564</sup> Vid. VILLANUEVA-TURNES, A., «El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen...», cit. p. 195.

Es decir, el inestable equilibrio que existe entre estos dos derechos con los otros tres que afectan a la esfera de la persona. El legislador debe realizar una interpretación que sea adecuada para obtener un equilibrio razonable, lo cual resulta muy complejo en el mundo digital<sup>565</sup>.

Por tanto, en lo que respecta a este segundo bloque de derechos, se puede comprobar que ambos se hayan regulados en el artículo 20.1 de la Constitución española, la cual establece que:

*“1. 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”.*

El derecho a la libertad de expresión es un derecho muy importante para un Estado que se considere democrático, ya que permite el libre desarrollo de la comunicación en los ciudadanos. Sin embargo, existen límites que atemperan el uso de estos derechos, pues bajo el amparo de anonimato que en muchas ocasiones ofrece la Red no puede ser una herramienta en la que no se ponga freno a la difamación, los insultos y los perjuicios a terceros<sup>566</sup>.

Aunque en el presente trabajo se va a incidir de forma especial en el derecho a la libertad de expresión, no se va a desdeñar el papel que desempeña la libertad de información, la cual está estrechamente relacionada con la anterior. Aunque existen diferencias palpables, pues la libertad de información posee un aspecto

---

<sup>565</sup> Cf. GRAHAM PEACE, A., «Balancing Free Speech and Censorship: Academia's Response to the Internet», en *Communications of the ACM* 46 (2003), pp. 106-108.

<sup>566</sup> Cf. VILLANUEVA-TURNES, A., «El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen...», cit. pp. 200-201.

objetivo relacionado en la mayoría de ocasiones con la labor profesional periodística<sup>567</sup>.

Así, en el derecho a la información se entiende encuadrado dentro de un proceso comunicativo y arrojado al interés público, sin embargo el derecho a la libertad de expresión tiene una vertiente subjetiva que la hace más susceptible de entrar en conflicto y más complicada de dirimir la solución.

Respecto a la titularidad estos derechos, no existe margen de duda que sí existía con el bloque anterior, el Tribunal Constitucional afirma la titularidad de los mismos pertenece por igual a todos los ciudadanos, y es irrelevante que estas personas sean físicas o jurídicas<sup>568</sup>.

Por último, en cuanto a la regulación de los derechos de libertad personal fuera de las leyes españolas se recogen en:

- El artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- El artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- El artículo 10.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales.
- El artículo 11 de la Carta de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- L13, resolución de las Naciones Unidas para la Promoción, Protección y el Disfrute de los Derechos Humanos en Internet, de 5 de julio de 2012<sup>569</sup>.

---

<sup>567</sup> Aunque el derecho de información no se entiende sin el periodismo, es un error afirmar que dicho derecho empieza y termina con la publicación de noticias periodísticas, pues en la sociedad de la información cualquier usuario puede apropiarse de esta potestad y publicar información de interés público.

<sup>568</sup> Cf. VILLANUEVA-TURNES, A., «El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen...», cit. p. 203; Vid. STC 6/1981, de 6 de marzo.

<sup>569</sup> Ibidem, p. 200. La resolución L13 de Naciones Unidas afirma que los derechos de los individuos deben ser protegidos tanto si se encuentran offline como online, particularmente si se ve afecto el derecho a la libertad de expresión. También se reconoce la naturaleza global y abierta de Internet, como una fuerza que acelera el desarrollo y el progreso en distintas formas. Vid. ZELDIN, W., *U.N. Human Rights Council: First Resolution*

## 7.2. DELIMITACIÓN DEL DERECHO AL HONOR Y EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET

Los límites que deben existir entre el derecho al honor y la libertad de expresión es una cuestión jurídica de especial interés en la actualidad, especialmente cuando entran en consideración parámetros de interacción social como son las redes sociales. Aunque ambos derechos vienen recogidos en los artículos 18 y 20 de la Constitución española, no deja de ser cierto que en caso de conflicto la solución pasa por un ejercicio de interpretación de dichos preceptos<sup>570</sup>.

Sobre esta interpretación entra en juego el principio de proporcionalidad, esto es, debe valorarse las circunstancias particulares del conflicto, por ejemplo, se tiene en cuenta la intención de injuriar o calumniar del sujeto. No obstante, en el ámbito digital esta circunstancia es bastante conflictiva debido al anonimato del que se puede arrojar el sujeto o la actitud pasiva de la víctima que ve el conflicto como un suceso normal y corriente del mundo digital y decide no trasladar su conflicto al ámbito penal.

Al menos en el ámbito penal, la balanza se declina del lado de la libertad de expresión cuando no se lesiona el derecho al honor, cuando se lesiona pero se prueba el principio *exceptio veritatis* (en el caso de una calumnia), y por último,

---

*on Internet Free Speech* (2012), en <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/u-n-human-rights-council-first-resolution-on-internetfree-speech/> (Consultado 10/12/2017).

<sup>570</sup> Cf. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I., «Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad. Especial referencia a su problemática penal», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 44 (1991), pp. 339-340. El propio artículo 18 en su epígrafe número 4 habla de la limitación del uso de la informática en pos de la protección de esos derechos fundamentales, sin embargo la limitación descrita es un tanto vaga y genérica, no se concreta cómo deben ser estas limitaciones ni en qué deben consistir. Aunque por el contexto histórico se puede deducir que esta limitación de la informática aludía a la protección de datos y al control que debe tener el usuario de sus datos personales, ya que es anacrónicamente imposible relacionarla con la limitación del uso de las redes sociales. Vid. STC 254/1993, de 20 de julio.

cuando se respeta el principio de proporcionalidad, no existiendo en ningún caso ese ánimo injuriador<sup>571</sup>.

Se debe tener en cuenta que el problema jurídico que se plantea en Internet tiene como gran protagonista a las redes sociales de ocio, los usuarios que participan en estas redes ignoran en muchas ocasiones que consecuencias implica su participación en dichas redes.

El sujeto en las redes sociales pasa de ser un mero espectador a un ente activo que comparte, almacena y envía información de forma constante, por lo que estas redes constituyen un desafío para los juristas porque las vulneraciones al honor están a la orden del día<sup>572</sup>.

Estas redes además se han convertido en el escenario ideal para que el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión se desarrolle sin límite alguno, sin embargo, este derecho fundamental no es absoluto en ningún caso. Los conflictos se agravan por las propias particularidades de Internet, la rapidez y la viralidad con la que se difunden las opiniones emitidas y expresadas<sup>573</sup>.

### 7.2.1. ¿Qué es el derecho al honor? particularidades y características

El derecho al honor constituye uno de los bienes primordiales del hombre aunque no es un bien absoluto, ya que cambia y se transforma según los cambios sociales y culturales. Se constituye como una legítima pretensión que tiene el individuo a tener buena consideración ajena o buena reputación, por lo que es un concepto jurídico abstracto e indeterminado<sup>574</sup>.

El honor posee una doble faceta:

---

<sup>571</sup> Ivi, pp. 358-360.

<sup>572</sup> Cf. RICO CARRILLO, M., «El impacto de Internet y las redes sociales en el derecho a la libertad de expresión, en *Revista Filosofía Jurídica, Social y Política* 19 (2012), pp. 336-337.

<sup>573</sup> Ibidem, pp. 344-345.

<sup>574</sup> Cf. CARRILLO, M., «Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor», en *Derecho privado y Constitución* 10 (1996), pp. 95-97.

- Objetiva. La cual se entiende como la buena reputación social o la buena consideración social que proyectan los sujetos de una comunidad hacia un individuo en particular.
- Subjetiva. Que es la propia consideración que tiene un individuo sobre sí mismo de su propia reputación.

No obstante, el honor en España se define en un concepto más amplio abarcando esta doble vertiente para no ofrecer una regulación que sea contradictoria o excluyente la una de la otra.<sup>575</sup>

Algunos autores como Antonio Quintano Ripollés señalan que existe una conexión muy estrecha entre el honor y la dignidad, por lo que el honor al igual que la dignidad pertenece al hombre como una faceta de su personalidad humana. Así, al margen de las consideraciones objetivas y subjetivas, el honor es considerado como un valor de la persona individual que depende de la sociedad y todo sujeto debe ser capaz de defenderse contra los ataques que hagan mella en esta estima que se determina socialmente<sup>576</sup>.

No obstante, señala Mercedes Alonso Álamo que, aunque es cierto que existe una relación entre el honor y la dignidad, estas no deben confundirse pues el honor es un valor que se deriva precisamente de esta dignidad pero no es un concepto que deba identificarse con el mismo, pues surge a consecuencia de este.

El honor además puede configurarse como una consideración social que la persona gana en la sociedad, de hecho, desde un punto de vista de la relevancia jurídica el honor no puede desaparecer y tampoco es relevante que aumente, pero si disminuye si tiene impacto en el sujeto<sup>577</sup>.

El honor afecta a todas las personas que conforman la sociedad, con independencia de sus circunstancias personales y no se entiende sin las interacciones sociales que realizan los sujetos entre sí. El honor es la posición de la que parte el individuo para relacionarse con los demás, por lo que si el honor se

---

<sup>575</sup> Cf. DE PABLO SERRANO, A., *Los delitos contra el honor en el derecho penal español y en el derecho comparado*, Valladolid 2014, p. 793.

<sup>576</sup> *Ibidem*, p. 797.

<sup>577</sup> *Ibidem*, pp.798-799.

ve perjudicado se le está impidiendo a esta persona su desarrollo en la participación social<sup>578</sup>.

Al margen de todas estas consideraciones conceptuales, hay que tener en cuenta que el honor es una figura jurídica que se ve afectado por los cambios sociales y va siendo modelada con el paso del tiempo. Al no quedar perfectamente delimitado en la legislación, una de las tareas capitales de la jurisprudencia es precisamente interpretar esta figura y definirla en el contexto histórico y social (y también digital)<sup>579</sup>.

La sociedad se configura como un nexo fundamental ya que une a todas las personas, el honor va a ser la percepción que tiene precisamente la sociedad sobre la persona, se configura como un factor determinante. Pero esto trae aparejado un problema, y es que cada persona tiene una visión distinta de lo que debe ser el honor.

Unos lo identificarán con la dignidad humana, otros con un sentimiento subjetivo de la persona, por lo que el concepto del honor que se construya no será uniforme. En cualquier caso, si es necesario afirmar que desde la perspectiva individual aunque el honor no pueda ser algo inherente a la dignidad humana, si será algo inherente a la sociedad.

Sin embargo, es necesario constituir al honor como un valor que es supremo e indisponible, un valor que pertenece a todos los actores de la sociedad y que impone unas pautas de comportamiento que se corresponden con las circunstancias sociales. La moral o la dignidad son valores que son configurados por el individuo, pero el honor no puede ser configurado de esa manera porque es un valor que implica que la sociedad pueda reforzar o disminuir al individuo socialmente si su conducta es correcta o incorrecta<sup>580</sup>.

En cuanto a la titularidad del derecho al honor, actualmente no existe la más mínima duda de que no sólo es aplicable a las personas físicas, sino que también

---

<sup>578</sup> Ivi, p. 800.

<sup>579</sup> Cf. GÓMEZ GARRIDO, J., «Derecho al honor y persona jurídico-privada», en *REDUR* 8 (2010), p. 207.

<sup>580</sup> *Ibidem*, pp. 209-210.

es aplicable a las personas jurídicas siempre y cuando dichas entidades colectivas puedan ejercer este derecho de protección<sup>581</sup>.

Esta capacidad ha sido confirmada por la jurisprudencia española desde el establecimiento de la Constitución española (la cual no menciona expresamente), pues se entiende que cuando a una persona colectiva se le trasgrede en su derecho al honor no necesariamente se trasgrede a las personas físicas que forman parte de esa sociedad, sino que queda afectado el prestigio social o empresarial, el cual es distinto al honor de la persona individual<sup>582</sup>.

Sin embargo, la jurisprudencia española también aprecia la diferencia entre las colectividades socio-privadas y las públicas, pues se ha llegado a apreciar que cuando se vulnera el honor de una institución pública perteneciente al Estado tal vulneración no existe ya que este carece del mismo<sup>583</sup>.

Aun así hay ciertos sectores de la jurisprudencia y de la doctrina española que se posicionan en contra de que las personas jurídicas puedan disfrutar de los derechos fundamentales, pero si se tiene en cuenta el Estado social y democrático de Derecho se puede comprobar que los grupos y asociaciones forman parte de la sociedad, y al igual que las personas individuales se ven inmersos en procesos que tienen que ver con la libertad y los valores democráticos.

Por ello, sería una injusticia que a estos colectivos se les negara esta capacidad, cuando además la Constitución si le reconoce a toda persona jurídica la capacidad del recurso de amparo cuando se invoca un interés legítimo (aunque esto no implica por parte de la Constitución su reconocimiento como titulares de derechos fundamentales).

La sociedad no se entiende sin la existencia de las personas jurídicas, a estas personas jurídicas se les atribuyen diversas capacidades y facultades, así como obligaciones e intervienen en los aspectos jurídicos de la misma, por ello son sujetos de derechos fundamentales, siempre y cuando esta defensa sea necesaria

---

<sup>581</sup> Ivi, p. 211; Vid. STC 139/1995, de 26 de septiembre.

<sup>582</sup> Cf. DE PABLO SERRANO, A., *Los delitos contra el honor en el derecho penal español...*, cit. pp. 921-922; Vid. STC 107/1988, de 8 de junio.

<sup>583</sup> Cf. DE PABLO SERRANO, A., *Los delitos contra el honor en el derecho penal español...*, cit. p. 920; Vid. STC 51/1989, de 22 de febrero.



para la protección de su esencia y que sus actividades se puedan desarrollar libremente<sup>584</sup>.

Como se ha visto, la Constitución española le otorga una protección a todas las personas en cuanto al derecho al honor se refiere, sin embargo, este honor no se concede con el mismo grado de protección a todas por igual. Según las interpretaciones del Tribunal Constitucional no es lo mismo una persona de carácter público o que tenga cierto impacto social de otro que no la tenga<sup>585</sup>.

Contrario es el caso de las personas que han fallecido, pues el fallecimiento implica la extinción de los derechos de la personalidad, aunque se concede una protección mínima en la cual se puede ejercitar una acción de defensa en memoria de la persona fallecida (ya sea por sus parientes o el Ministerio Fiscal)<sup>586</sup>.

En la actualidad se apunta a que la Ley carece de precisión para definir de una mejor forma conceptual al derecho al honor, pues el término de “reputación online” cada vez va ganando más fuerza y el derecho al honor requiere una redefinición en el marco de Internet.

La reputación online no es tanto el concepto de reputación en sí mismo, sino el modo en que se construye, se mantiene y se defiende por las repercusiones y el alcance que puede llegar a tomar en el mundo digital. Porque cualquier persona es capaz de difundir una información que dañe al honor sin control que menoscabe la reputación de otra persona<sup>587</sup>.

---

<sup>584</sup> Cf. DE PABLO SERRANO, A., *Los delitos contra el honor en el derecho penal español...*, cit. pp. 926-927; Vid. STC 13/1989, de 26 de enero.

<sup>585</sup> Cf. PADILLA RUIZ, P., «El conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista Aranzadi Doctrinal* 1 (2011), pp. 176-177; Vid. STC 20/1993, de 21 de enero.

<sup>586</sup> Cf. PADILLA RUIZ, P., «El conflicto entre el derecho al honor y la libertad...», cit. p. 178.

<sup>587</sup> Cf. GIL VALLILENGUA, L., «Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen en las redes sociales: la difusión no consentida de imágenes», en *REDUR* 14 (2016), pp. 167-168.

### 7.2.2. La libertad de expresión y su relación con Internet

La libertad de expresión es uno de los mayores logros que ha tenido la sociedad en su historia, este se ha erigido como uno de los derechos más preponderantes de la persona porque el concepto de libertad individual siempre se ha considerado como el derecho más maltratado a lo largo de la historia de la humanidad.

La libertad de expresión supone la capacidad que tiene cada persona de manifestar sus ideas, pensamientos u opiniones, sea cual sea el medio empleado. Dentro de este derecho se incluye el derecho de poner las ideas por escrito y la libertad de pensamiento, la garantía de estos derechos se configura como una garantía básica que tiene el individuo

Más aun en la actualidad, porque la tecnología se identifica con la libertad de expresión, la cual se haya en permanente expansión, y por ello los Estados se procuran en regular y controlar hasta dónde puede llegar el ejercicio de este derecho. El escenario general suele ser que mientras una persona física o jurídica no se sienta trasgredida el ejercicio de la libertad de expresión no tiene límite alguno<sup>588</sup>.

Si el ser humano no tuviera la capacidad de expresarse libremente esto implicaría una limitación considerable en el desarrollo y uso de otros derechos, y también supone un freno en el desarrollo social, económico y educativo de la sociedad. Es también un derecho estrechamente relacionado con la dignidad humana, que no puede separarse de la realidad<sup>589</sup>.

No sólo en la sociedad española, sino en cualquier tipo de sociedad, la libertad de expresión es un derecho que se utiliza extremadamente y no está libre

---

<sup>588</sup> Cf. PÉREZ ARIZA, C., «La libertad de expresión, en el paradigma de las nuevas tecnologías y la sociedad de la información», en *Revista Latina de Comunicación Social* 61 (2006), p. 2.

<sup>589</sup> Cf. FREGOSO ZÁRATE, J., «Internet y libertad de expresión», en *AIDA* 4 (2008), pp. 126-127.

de controversias pues no es un derecho que sea absoluto y continuamente se pone en tela de juicio donde debería estar el límite de su ejercicio<sup>590</sup>.

Con la aparición de Internet se produce una transformación en el intercambio de ideas y opiniones, pues cualquier individuo puede ser a la vez emisor y receptor de la información, la comunicación se va a llevar a otro nivel. Esta capacidad va a requerir nuevos modelos de regulación jurídica, porque la de los medios tradicionales como la prensa escrita o la televisión ya no va a servir<sup>591</sup>.

La libertad de expresión se va a convertir en un proceso interactivo en el que cualquier individuo puede dar su punto de vista en las mismas condiciones que antaño un columnista de un periódico. Esto implica que Internet va a “democratizar” el uso de la libertad de expresión, ya no va a tener ningún sentido distinguir entre sistemas privados y sistemas públicos de comunicación<sup>592</sup>.

En la actualidad se le da un trato a la libertad de expresión en Internet de manera similar a la que se le da en los medios tradicionales de comunicación, también existe un principio de proporcionalidad que lo contrapone con otros derechos. Con la aparición de las redes sociales se ha descubierto que estas representan un medio idóneo para que un individuo manifieste sus ideas y opiniones.

---

<sup>590</sup> Cf. BOGEN, D. S., «The origins of Freedom of Speech and Press», en *Maryland Law Review* 42 (1983), pp. 429-430.

<sup>591</sup> Los medios de comunicación tradicionales son considerados “unidireccionales”, sólo existe un único emisor de la información que la va a transmitir a un receptor o varios. En Internet, en cambio, la transmisión de la información es un proceso interactivo por ambas partes, no existe un receptor que sea totalmente pasivo. La Red no distingue el medio público y el privado, pues cualquier usuario puede si lo desea dejar de ser espectador para convertirse en actor, gracias al carácter multidireccional de Internet. Vid. WACK, R., «Confronting Dogma: Privacy, Free Speech, and the Internet», en *ACM* (2000), pp. 197-199.

<sup>592</sup> Cf. FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L., «La Regulación de la Libertad de Expresión en Internet en Estados Unidos y en la Unión Europea», en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* 103 (199), pp. 153-154.

Pero esto conlleva una serie de aspectos positivos y negativos, la velocidad de transmisión de los mensajes implica que se puede ofender a una persona con gran facilidad, los delitos de difamación y las injurias surgen a consecuencia de un mal uso de la libertad de expresión.

Un uso abusivo de la libertad de expresión puede provocar en ocasiones una respuesta desmedida ya que a veces existen lagunas jurídicas, por lo que la libertad de expresión supone una problemática a la que a veces no se le sabe dar respuesta. En el peor de los escenarios se podría llegar a la conclusión de que una de las soluciones sería la limitación y prohibición del derecho de acceso a Internet<sup>593</sup>.

Es por ello que debe establecerse un principio de proporcionalidad, una de las mayores preocupaciones en la actualidad es la aplicación de medidas privativas de libertad para proteger derechos como el honor y la reputación social. Esta circunstancia además se agrava porque la gran mayoría de usuarios de Internet son menores de edad, lo cuales por ignorancia se pueden convertir tanto en víctimas como agresores<sup>594</sup>.

En cualquier caso, se reconoce a todos los sujetos que desarrollen el ejercicio de la libertad de expresión el reconocimiento del mismo por igual a todas las personas sin excepción alguna, con el inciso de una protección especial a los profesionales de la información que realizan su labor periodística a través de los medios de comunicación. Esto no implica ningún privilegio, simplemente se valora de forma diferente el ejercicio de la libertad de expresión y de información cuando se realiza por medios de comunicación periodísticos.<sup>595</sup>

### **7.2.3. El conflicto jurídico entre el honor y la libertad de expresión**

Cuando en el año 1978 se aprobó el texto constitucional, se acordó incluir en el artículo 18.4 la siguiente afirmación *“La ley limitará el uso de la informática para*

---

<sup>593</sup> Cf. RICO CARRILLO, M., «El impacto de Internet y las redes sociales en el...», cit. pp. 339-341.

<sup>594</sup> Ibidem, pp. 344-345.

<sup>595</sup> Cf. PADILLA RUIZ, P., «El conflicto entre el derecho al honor y la libertad...», cit. p. 180.

*garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.*

Esta aseveración es ciertamente limitada y confusa, pues seguramente cuando fue puesta por escrito los padres de la Constitución adolecían de cierto recelo por la informática, influidos en parte por el ambiente de desconfianza respecto a esta cuestión por parte de Estados Unidos y de Europa.

En verdad, tales recelos están en la actualidad justificados, pues 40 años después es en el mundo digital, y concretamente en las redes sociales, donde existe la mayor vulneración de derechos que tienen que ver con el honor o la intimidad. Este conflicto, el de la colisión de derechos que pugnan entre sí por hacerse prevaler, no es novedoso, simplemente ha cambiado de escenario<sup>596</sup>.

Los derechos del artículo 18 y del artículo 20 se conforman como las dos caras de una misma moneda, esto no implica que existe una confrontación real de los mismos, sino que simplemente cuando existe un conflicto es porque se ha ejercitado de manera incorrecta alguno de ellos.

En caso de conflicto va a existir una determinación por la prevalencia de un derecho u otro acorde a una serie de parámetros y los requisitos legales. En primer lugar, es necesario no confundir el derecho a la libertad de expresión con el derecho de información, pues se debiera plantear si una red social es equiparable a un medio de comunicación social.

Si así fuera, las opiniones vertidas en las redes sociales deben ajustarse a criterios de veracidad, interés y relevancia (también que las formas de expresión sean correctas). Si no fuera considerado así, el denominado periodismo de las redes sociales no lo sería por lo que no existiría un verdadero derecho de la información<sup>597</sup>.

Siguiendo la Directiva 2010/13/UE ni siquiera las publicaciones de los medios de comunicación sociales (como El País o El Mundo) pueden equipararse a las informaciones vertidas en las versiones digitales de los periódicos o revistas. Por tanto, no se puede aplicar a las redes sociales el régimen aplicable de la Ley General de comunicación Audiovisual, que es la aplicable a los profesionales.

---

<sup>596</sup> Cf. GIL VALLILENGUA, L., «Los derechos al honor, a la intimidad...», cit. pp. 163-164.

<sup>597</sup> Ibidem, pp. 171-173.

Si bien no se puede desatender el hecho de que la publicación vertida lo sea por un profesional, o que dicha publicación sea un enlace al medio de publicación de la noticia, en aquél caso si sería entendido como derecho a la información. Sin embargo, cuando la publicación es realizada por una persona cualquiera, se entiende que no puede ejercer su derecho a la información pues esta es una labor reservada a los medios de comunicación<sup>598</sup>.

Una vez que se ha explicado las vicisitudes sobre el derecho a la información, si se centra el foco del conflicto únicamente entre la libertad de expresión y el derecho al honor se puede ver que ambos derechos van a colisionar cuando el derecho al honor se vea lesionado por el desarrollo del ejercicio de la libertad de expresión.

Si se parte del supuesto de que el ordenamiento jurídico reconoce que los derechos no son ilimitados, lo cierto es que la delimitación de ambos derechos es bastante vaga, por lo que será al final la doctrina y la jurisprudencia la que en casos judiciales aislados (algunos de ellos bastante mediáticos) asienten el camino a seguir<sup>599</sup>.

En el ejercicio de los derechos fundamentales, se parte de la base de que el derecho al honor está relacionado con la esfera de la dignidad de la persona o la estima social o digital que tenga cada uno, por otro lado la libertad de expresión se asocia con la necesidad de expresar y comunicar ideas y opiniones.

Cuando se da una disputa por el ejercicio simultáneo de los derechos lo natural es que una de las partes implicadas en el conflicto “ceda” ante la otra para lograr un equilibrio (esto es posible por el carácter limitado y no absoluto de los mismos)<sup>600</sup>.

Cada Estado interpreta y aplica las restricciones de manera particular, en el caso español se puede decir que la posición que se ha asentado a lo largo de los años es la de prevalencia del derecho al honor sobre el derecho de la libertad de

---

<sup>598</sup> Ivi, pp. 172-173; Vid. STJUE 710/2015, de 21 de octubre de 2015.

<sup>599</sup> Cf. PADILLA RUIZ, P., «El conflicto entre el derecho al honor y la libertad...», cit. pp. 181-182.

<sup>600</sup> Ibidem, p. 183.

expresión. Esto es debido a que la doctrina constitucional española entiende que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho ilimitado.

Este derecho se encuentra sometido a los límites establecidos por el artículo 20.4, la limitación de la informática es especialmente importante en lo que respecta al mundo digital pues en los últimos tiempos la protección al honor se ha ido debilitando, en ocasiones por culpa del anonimato que caracteriza a Internet<sup>601</sup>.

Ante un caso en el que exista un conflicto de derechos fundamentales debe aplicarse una ponderación razonable y práctica, justamente el derecho al honor es el límite expreso al derecho a la libertad de expresión y no al revés. Pero es preciso puntualizar que en ningún caso el derecho al honor está por encima de la libertad de expresión, algunos autores señalan que esta ponderación puede ser peligrosa porque implica dejar en manos del juez juicios de valor sobre cuál es el derecho que debe prevalecer<sup>602</sup>.

#### **7.2.4. ¿Cuál debe ser el límite del derecho a la libertad de expresión en internet?**

La utilización de las nuevas Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones ha llevado a los ordenamientos jurídicos a una situación límite, porque se crean conflictos para los cuales las leyes no estaban preparadas. Una de las diferencias que existen cuando una persona habla con otra a través de las redes sociales de una conversación privada es que en las redes todo queda recogido y reflejado para la posteridad, a cualquier hora del día y además el contenido de la conversación puede volverse viral en muy poco tiempo.

Las redes sociales, como se ha visto son muy diversas, porque difieren las unas de las otras, por ejemplo, en Facebook predomina el intercambio de fotos con comentarios, mientras que en Twitter predominan únicamente los

---

<sup>601</sup> Ivi, pp. 185-186; Vid. STC 120/1983, de 15 de diciembre. STC 8/1992, de 16 de enero.

<sup>602</sup> Cf. PADILLA RUIZ, P., «El conflicto entre el derecho al honor y la libertad...», cit. p. 187.

comentarios. No todas tienen el mismo tipo de público ni se comportan de igual forma<sup>603</sup>.

La Red se conforma como un universo de información disponible a un solo “click” del ratón, algunos autores señalan que para una correcta delimitación de los derechos en la red no deberían aplicarse leyes locales porque es un problema que ya trasciende lo nacional y tiene influencia en los ordenamientos de diferentes países<sup>604</sup>.

De hecho, existen países como Alemania o Japón que se decantan firmemente del lado del derecho al honor, la dignidad personal y la reputación por encima de la libertad de expresión. La libertad de expresión se configura de forma general como una herramienta esencial para conservar la democracia y las elecciones libres.

Pero el respeto a la ley forma parte del núcleo fundamental de su cultura jurídica, por lo que la libertad de expresión no es percibida de forma tan “fundamental” para los ciudadanos. Al contrario de lo que sucede en Estados Unidos por ejemplo donde existe una clara primacía de la libertad de expresión sobre la reputación personal<sup>605</sup>.

Precisamente es destacable como paradigmático el caso alemán “spickmich.de” en el cual se dieron algunas pautas para la correcta delimitación del derecho a la libertad de expresión. Tomando como antecedente una página web en la cual los usuarios podían registrarse de manera anónima para evaluar a

---

<sup>603</sup> Cf. ANGULO GARZARO, A. & ANGULO GARZARO, N., «Límites a la utilización de las redes sociales como medio de expresión: la lesión al honor o la imagen y el despido como consecuencias indeseables», en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías* 43 (2017), pp. 101-102.

<sup>604</sup> Cf. KROTOSZYNSKI, R. J. JR., «Defamation in the Digital Age: Some Comparative Law Observations on the Difficulty of Reconciling Free Speech and Reputation in the Emerging Global Village», en *Washington and Lee Law Review* 62 (2005), pp. 340-342.

<sup>605</sup> Así, ciertos comportamientos como por ejemplo la apología del nazismo van a tener efectos muy diversos según la legislación aplicable. Cf. KROTOSZYNSKI, R. J. JR., «Defamation in the Digital Age: Some Comparative...», cit. pp. 343-344.



los profesores pertenecientes a la escuela privada, los cuales aparecían con todos sus datos (nombre, apellidos, nombre de la escuela y asignatura impartida).

Los usuarios podía evaluarlos conforme a una serie de notas (del 1 al 6), el conflicto se generó debido a una demanda interpuesta por una profesora al comprobar que en dicha página aparecían todos sus datos personales, además de la nota media de los alumnos (la cual era muy baja)<sup>606</sup>.

El Tribunal Supremo alemán estimó varios derechos en conflicto: los dos principales eran el derecho de los alumnos a ejercer su derecho a la libertad de expresión, y el derecho de la profesora a su honor como docente. La sentencia fue desestimada por el Tribunal por los siguientes parámetros:

- Que no existan comentarios vejatorios o denigrantes, o la utilización de palabra insultantes.
- Que exista un interés legítimo.
- Que únicamente se afecte a la vida profesional y no a la vida personal<sup>607</sup>.

Como se puede comprobar estos factores deben ser ponderados, pues por ejemplo el significado de un interés legítimo puede menoscabar el derecho al honor si es necesaria una intrusión para una investigación de relevancia por parte del Estado. También depende de la esfera personal de la persona que es afectada, no es lo mismo la esfera profesional que la vida privada o la vida íntima.

Esta sentencia es relevante porque se constituye como una de las pioneras sobre los conflictos y el tratamiento jurídico de las evaluaciones en Internet, con

---

<sup>606</sup> Cf. KLINK, T., «La actual posición del Tribunal Supremo alemán ante la libertad de expresión en la red, el caso de la “chuleta”-“spickmich.de”», en *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, COTINO HUESO, L. (Ed.), Valencia 2011, pp. 88-90.

<sup>607</sup> Cf. DOMÍNGUEZ MEJÍAS, I., «Hacia la memoria selectiva en Internet. Honor, intimidad y propia imagen en la era digital a partir de la jurisprudencia española», en *Revista CTS* 32 (2016), pp. 58-60.

implicaciones importantes entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión, si bien las pautas siguen siendo algo imprecisas<sup>608</sup>.

En lo que respecta a España conviene destacar que el Tribunal Constitucional establece que la Constitución no veda el uso de expresiones que sean hirientes o molestas, pero sí excluye las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, aquellas expresiones que al margen de su veracidad o no, sean realmente impertinentes y ofensivas.

Se ha llegado a considerar que incluso queda justificada la lesión del derecho al honor cuando el ejercicio de la libertad de expresión excluya las expresiones antijurídicas o de *animus iniuriandi*. Para ello hay que acudir a un factor de ponderación que ayude a distinguir cuando se hace un uso legítimo de las libertades<sup>609</sup>.

Otros parámetros que señala la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional son las circunstancias del conflicto y en qué contexto se producen el ejercicio de los derechos. Así si es un periodista el que ha vulnerado el derecho al honor este contará con una mayor protección en el uso de la libertad de expresión, o si las expresiones vulneradoras se producen en el contexto de un debate político<sup>610</sup>.

Sin embargo, estos parámetros no son rígidos, así se ha señalado también que se considera un ataque ilegítimo al honor expresiones que a priori no son injuriosas pero que si se producen fuera de contexto o no tienen valor informativo alguno pueden perjudicar el honor de una persona<sup>611</sup>.

---

<sup>608</sup> Cf. KLINK, T., «La actual posición del Tribunal Supremo alemán ante...», cit. pp. 97-98; Vid. Sentencia Tribunal Supremo Alemán (Bundesgerichtshof – BGH) 196/2008, del 23 de junio.

<sup>609</sup> Cf. PADILLA RUIZ, P., «El conflicto entre el derecho al honor y la libertad...», cit. pp. 188-189.

<sup>610</sup> Vid. STC 105/1990, de 6 de junio.

<sup>611</sup> Así que una persona revele que otra es homosexual puede considerarse perjudicial si se produce fuera de un contexto adecuado y está desligado de cualquier finalidad informativa razonable. Sin embargo, es muy complejo desligar la información de los juicios de valor, porque que las expresiones emitidas tengan un valor informativo o no puede declinar la balanza a la hora de resolver el conflicto; Cf. PADILLA RUIZ, P., «El

El derecho al honor se ha ido moldeando con la aparición de las nuevas Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, su pugna con el derecho a la libertad de expresión no deja de ser una pugna entre el interés colectivo y el interés particular.

Según la Constitución española, esta pugna debería resolverse en pos del interés público, ya que España se configura como un Estado social y democrático de Derecho que asume que los españoles viven en una sociedad formada por individuos. No obstante, tanto la postura española como la europea se inclinan por una protección preminente del derecho al honor, limitando la libertad de expresión si fuera necesario.

Este acotamiento por la jurisprudencia constitucional española ha resultado ser una labor necesaria, junto la experiencia de la doctrina y jurisprudencia del entorno europeo, pues la limitación establecida en el artículo 20.4 es algo ambigua. Sin embargo, esta interpretación puede ser peligrosa porque puede dejar sin protección al derecho de libertad de expresión, especialmente cuando las nuevas tecnologías cambian constantemente<sup>612</sup>.

#### **7.2.5. Implicaciones penales de un mal uso de la libertad de expresión**

Cuando un usuario insulta a otro siempre se produce algún tipo de repercusión, si la viralidad del suceso cala en la opinión pública existe la diatriba de si las expresiones vertidas merecen de una sanción penal o si, aun mereciéndolas, se encuentran impunes por las lagunas jurídicas.

Actualmente en Internet este tipo de opiniones o manifestaciones merecedoras de una sanción se suelen verter la mayoría de las ocasiones en las redes sociales, normalmente las expresiones consisten en ensalzar la muerte con violencia de una persona o simplemente dirigir manifestaciones de odio hacia personajes públicos o políticos.

---

conflicto entre el derecho al honor y la libertad...», cit. pp. 190-191; Vid. STC 77/2009, de 23 de marzo.

<sup>612</sup> Cf. PADILLA RUIZ, P., «El conflicto entre el derecho al honor y la libertad...», cit. pp. 188-189.

Dentro de este cúmulo de expresiones y opiniones que se pueden verter, se van a analizar dejando de momento al margen las expresiones que pueden ser merecedoras de una sanción por apología del terrorismo o la creciente ola de delitos de odio, para centrar el estudio en las calumnias y las injurias. Estas dos figuras penales son especialmente relevantes porque ponen de manifiesto la tensión que existe entre la libertad de expresión y el derecho al honor<sup>613</sup>.

El delito de calumnia supone una vulneración del bien jurídico protegido que es el honor, porque distorsiona la reputación social de la víctima imputándole hechos deshonrosos.

El emisor de tales acusaciones las realiza sin comprobar mínimamente que lo que se expresa pueda ser falso o verdadero, así como establece el artículo 205 del Código penal español se puede imputar como delito de calumnia ya sea porque existe conocimiento de que lo que se acusa a la víctima es falso o simplemente con un temerario desprecio a la verdad<sup>614</sup>.

Lo especialmente característico del delito de calumnias es la previsión contenida en el Código penal respecto a la *exceptio veritatis*, contenida en el artículo 207, que expone la demostración objetiva de la verdad de los hechos que se imputan implica la exención de toda pena.

Esto supone primeramente que la demostración de la verdad es una tarea del imputado del delito, aunque sin duda la otra parte también contribuirá al esclarecimiento de la verdad, también cabe la posibilidad de que el imputado del delito se retracte de lo expresado para rebajar la pena. En cualquier caso, la demostración de la verdad constituye una liberación de la pena, pues queda despejada cualquier duda que pudiera haber al respecto.

Resulta claro en los delitos de calumnia que la libertad de expresión e información se transgrede cuando se hacen a sabiendas acusaciones falsas o

---

<sup>613</sup> Cf. MUÑOZ CUESTA, F. J., «Apología o provocación al delito a través de las redes sociales», en *Actualidad Jurídica Aranzadi* 3 (2014), p. 3.

<sup>614</sup> Cf. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., «Algunas consideraciones sobre los delitos contra el honor en el Código Penal vigente», en *Revista de derecho y proceso penal* 14 (2005), p. 64.

temerarias a la verdad, en estos casos se trata de un ejercicio que no es legítimo del derecho a la libertad de expresión<sup>615</sup>.

El delito de injurias, regulado en el artículo 208 del Código penal, en cambio presenta un contenido algo más abstracto, pues establece que se lesiona la dignidad cuando se lesione la fama o se atente contra la propia estimación de la víctima. Sin embargo, el factor de falsedad sigue presente cuando las injurias consistan en la imputación de hechos perjudiciales para la reputación de la víctima.

La demostración de la verdad en un delito de injurias es más confusa, sobre todo porque depende de la calificación de los hechos y los juicios que se hayan expresado, por lo se puede dar el caso de que existan multitud de hechos en los que resulte imposible demostrar la verdad o la falsedad sin que se pueda probar la lesión al derecho al honor<sup>616</sup>.

En el ámbito de las injurias, en ningún caso pueden quedar amparadas por los derechos de libertad de expresión e información, sin embargo es difícil valorar los juicios de valor. Aquellos que son puramente injuriosos merecen claramente una sanción penal, en cambio, aquellos que se entremezclan con hechos verdaderos requieren una ponderación de intereses.

Se vuelve a dar una interpretación en la cual se valoran por un lado juicios de valor con la libertad de expresión, y el honor lesionado. Especialmente en el mundo digital, esta interpretación puede desembocar en dos soluciones distintas: en una sanción penal, o que los comentarios vertidos queden amparados por estar bajo el arco de la libertad de expresión y crítica<sup>617</sup>.

Así, como el ordenamiento jurídico es de carácter impreciso los criterios de ponderación que den los tribunales deben asentarse sobre una serie de criterios, tal es el dado por el Tribunal Supremo español<sup>618</sup>:

- Que las expresiones sean veraces, esto no es en realidad un criterio de ponderación, sino de legitimidad, pues van enfocado a evitar que se

---

<sup>615</sup> Ivi, p. 70.

<sup>616</sup> Ibidem, p. 71.

<sup>617</sup> Ibidem, p. 72.

<sup>618</sup> Vid. STS 19/2008, de 31 de enero.

transmitan hechos falsos que perjudiquen el honor, y también las insinuaciones o invenciones dirigidas a perjudicar la reputación social.

- El interés público, se relaciona especialmente con la libertad de información, en cuanto se debe garantizar que todo ciudadano posea una opinión pública y libre. Se entiende de interés público todas las expresiones o informaciones sujetas a un interés general relacionado con aspectos políticos, sociales o económicos.

- Que los comentarios no sean insultantes, es sin duda el punto más complejo, se entiende que las expresiones deben adecuarse a un lenguaje acorde a su contexto. Por ejemplo, si contienen expresiones que aisladamente son ofensivas pero que puestas en conjunto pueden no vulneran el derecho al honor<sup>619</sup>.

### 7.3. DELIMITACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN INTERNET

La intimidad está reconocida en el derecho español como la intimidad personal y la familiar, el objeto de su regulación es que la esfera privada de las personas quede libre de cualquier tipo de intromisión externa, ya sea por parte de los poderes públicos, u otros individuos o colectivos.

Esta protección frente a estas intromisiones resulta un tanto compleja debido a la rápida difusión de la información que posee Internet, esta característica es un gran inconveniente porque puede causar un gran daño a la intimidad de las personas<sup>620</sup>.

Es necesario puntualizar que esta protección de la intimidad nace por el respeto que tienen las leyes al ámbito más reservado de la persona, en este ámbito

---

<sup>619</sup> Cf. AMAYA PILARES, S., «Colisión entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de información. Comentario a propósito de la Sentencia número 796/2008, de 22 de julio, de la sala de lo civil, sección 1, del Tribunal Supremo, dictada en el recurso de casación número 1386/2002 (STS 4120/2008)», en *Revista Aranzadi del derecho del deporte y entretenimiento* 25 (2009), pp. 234-238.

<sup>620</sup> Cf. GONZÁLEZ SAN JUÁN, J. L., «Jurisprudencia española sobre la protección del honor, la intimidad y la propia imagen en Internet», en *Ibersid* 9 (2015), pp. 83-84.

los conceptos pueden confundirse, pues no es lo mismo intimidad que privacidad, tampoco la intimidad y la vida privada<sup>621</sup>.

La intimidad se corresponde con la esencia misma de la persona, no es un bien que sea físico ni tangible, por lo que es difícil de determinar. La protección de la intimidad garantiza que la persona pueda proteger su esfera de libertad individual y ejerciendo un control sobre el tratamiento que se le da a las informaciones que se puedan verter sobre ella<sup>622</sup>.

El concepto de intimidad es un tanto indefinido y puede observarse desde diversos ángulos, con múltiples facetas. Si atendemos a la construcción de la esfera personal del hombre en diversos niveles de protección, se podría establecer que cuanto más sensible sea la información más se irá acercando al fuero interno de la persona<sup>623</sup>.

El derecho a la intimidad es un derecho que se encuentra sujeto a los cambios sociales, pues no poseerá el mismo contenido en una época que en otra, sin embargo, como es natural el Derecho tratará de delimitarlo. Aunque el artículo 18.1 de la CE no es del todo claro, pues aunque se asegura que la

---

<sup>621</sup> Las conexiones entre la vida privada y familiar y la intimidad son muy fuertes, pero son distintas, privacidad, vida privada e intimidad son conceptos que aluden a cuestiones distintas. La intimidad correspondería al fuero interno más hondo de la persona, mientras que la privacidad es lo que se ejecuta a la vista de unos pocos, en el ámbito familiar o doméstico. Vid. VOLPATO, S., *El derecho a la intimidad y las nuevas tecnologías...*, cit. p. 76.

<sup>622</sup> Cf. NOAIN SÁNCHEZ, A., *La protección de la intimidad y vida privada en internet: la integridad contextual y los flujos de información en las redes sociales (2004-2014)*, Madrid 2016, p. 103-104.

<sup>623</sup> VOLPATO, S., *El derecho a la intimidad y las nuevas tecnologías...*, cit. pp. 75-76; Se podrían establecer tres esferas: la primera que obedece al espectro de lo familiar y que es conocido por todas las personas cercanas al individuo; la segunda que implica la información confidencial que el individuo únicamente comparte con alguien de confianza; y tercero se trata de la información secreta y más íntima de la persona que el individuo no comparte con nadie. No obstante, esta teoría no está exenta de críticas pues el derecho a la intimidad no es sólo la guarda y secreto de información, sino también el control y el poder de la misma. Vid. VOLPATO, S., *El derecho a la intimidad y las nuevas tecnologías...*, cit. pp. 158-161.

intimidad debe ser respetada y protegida no aclara en qué consistirá exactamente esta protección.

Cuando se habla de protección de la intimidad personal se puede entender como aquella que se refiere a la forma concreta del individuo, esto es, un espacio de la persona individual. Esta intimidad se extiende a la intimidad familiar, pero no debe ser entendida como la protección de un colectivo, sino que también tiene un carácter individual, se establece para cada persona de la familia<sup>624</sup>.

### 7.3.1. La protección de la intimidad y los peligros de las nuevas tecnologías

Cuando Internet no existía todos los datos se compilaban de una forma manual, si acaso cuasi-mecanizada, todo el almacenamiento, gestión y transmisión de información se realizaba a través del papel. El proceso informático ha implicado una transformación en todos estos procesos, ahora se utilizan herramientas e instrumentos distintos, los procesos son automatizados por máquinas y programas informáticos.

Este nuevo sistema permite que exista un control exhaustivo de la información de las personas, a veces la información que se almacena es aparentemente inofensiva, sin embargo, si se analizan y se combinan con el contexto adecuado permite sacar ciertas conclusiones de la persona en cuestión<sup>625</sup>.

Con la llegada de Internet y la aparición de las redes sociales, la percepción general es que el derecho a la intimidad se ha visto bastante perjudicado por un cúmulo de factores:

- La facilidad para obtener información en las redes sociales.
- La facilidad para suplantar la identidad de otras personas.
- El rastreo y localización de las actividades de los internautas a través de programas y aplicaciones (como el uso de las *cookies*).

---

<sup>624</sup> Ivi, p. 167; Se considera que se ha vulnerado la intimidad familiar cuando afecta a los padres, cónyuges o hijos del individuo. Vid. STC 186/2013, de 4 de noviembre.

<sup>625</sup> CASTILLO JIMÉNEZ, C., «Protección del derecho a la intimidad y uso de las nuevas tecnologías de la información», en *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento* 1 (2001), p. 37.



- Cuando los motores de búsqueda de Internet indexan información a la que puede acceder cualquier internauta<sup>626</sup>.

Otro de los problemas predominantes es que son los propios internautas los encargados de transmitir la información que es sensible, la sociedad digital posee tal grado de transparencia y la comunicación es tan veloz que supone un verdadero reto para la protección a la intimidad.

Además de que esta transmisión de datos es en muchos casos una transferencia internacional, por lo que es posible que el país receptor de la información posea una legislación menos protectora en lo referente a los datos. A nivel europeo, por lo general, sólo se acepta la transmisión de datos a un país tercero si este tiene unas garantías mínimas de protección<sup>627</sup>.

El derecho a la intimidad se ve lesionado principalmente cuando se dan los siguientes parámetros:

- Si la injerencia que se da en la información reservada al ámbito personal es irracional.
- Si la información que se difunde se realiza sin que exista consentimiento o aprobación clara del individuo afectado.
- Si cuando a pesar de que exista dicho consentimiento, la información que se transmite contiene elementos que puedan inducir al engaño o al error<sup>628</sup>.

Observando estos parámetros resulta claro que la protección de la intimidad no sólo implica que se pueda impedir que un tercero acceda a una información por un método físico (vista u oído), sino que el individuo necesita una protección que trascienda todas estas barreras físicas y que afecte a todos los ámbitos (por ejemplo el hogar o la oficina).

Actualmente el individuo casi siempre deja rastro de todas sus actividades, todos sus movimientos, sus gustos y tendencias, su capacidad económica. El flujo

---

<sup>626</sup> Cf. NOAIN SÁNCHEZ, A., *La protección de la intimidad y vida privada en...*, cit. pp. 225-226.

<sup>627</sup> Cf. CASTILLO JIMÉNEZ, C., «Protección del derecho a la intimidad y uso de las nuevas tecnologías...», cit. p. 44.

<sup>628</sup> Cf. ROMERO PÉREZ, X, L., «El alcance del derecho a la intimidad en la sociedad actual», en *Revista Derecho del Estado* 21 (2008), pp. 215-216.

de información es constante y no cesa nunca, el individuo deja en Internet lo que se denomina como huella digital personal<sup>629</sup>.

Los ciudadanos cada vez más utilizan redes sociales como Facebook o Twitter, comparten imágenes y vídeos de lo que les sucede a diario, esto puede ser utilizado de forma incorrecta y que la intimidad se vea vulnerada. Las redes sociales son una herramienta muy útil, sin embargo, hay que tener en cuenta que sus usuarios están transmitiendo de forma constante información que forma parte de su vida personal y privada<sup>630</sup>.

Que una persona posea una red social no es algo negativo, pues hoy en día es visto como algo fundamental en la interacción social ya que se interactúa con los demás de una forma ágil e instantánea, pero si es cierto que el uso inadecuado de una red social puede entrañar muchos peligros, incluso si no se es usuario de una red sociales es posible que aun así aparezcan datos suyos<sup>631</sup>.

En el Código Penal español la protección general de la intimidad comprende aquellos actos comprendidos en el artículo 197, esto es, aquellos que impliquen el descubrimiento y la revelación de secretos, y por ende, se engloban también las conductas delictivas derivadas del uso de la informática e Internet.

Esta protección penal establece una protección en un doble sentido:

- Un sentido negativo, que se corresponde con la garantía clásica de la protección de la intimidad, esto es, la protección frente a las injerencias externas.
- Un sentido positivo, que se corresponde con el derecho de control que posee el individuo sobre sus datos e información personal, especialmente la que se encuentra digitalizada<sup>632</sup>.

---

<sup>629</sup> Ivi, p. 219.

<sup>630</sup> Cf. POSADA GUTIÉRREZ, L. M., «Protección del derecho a la intimidad en las redes sociales», en *Especialización Derecho Administrativo* 410, Bogotá 2017, en <http://repository.usta.edu.co/handle/11634/2126> (Consultado 25/03/2018), pp. 4-5.

<sup>631</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>632</sup> Cf. SUANZES PÉREZ, F., *La protección penal de la intimidad (artículo 197.1 y 197.4 párrafo primero del CP)*, en

El descubrimiento o revelación de secretos en Internet está intrínsecamente relacionado con el apoderamiento de mensajes de correo electrónico o la interceptación de mensajes en un chat. La idea del “secreto” es inseparable del concepto de intimidad, pues los documentos sean digitales o electrónicos pueden contener hechos o datos que afecten a la intimidad del individuo.

Curiosamente al ser datos informatizados no implica necesariamente que sean archivos de texto, los datos pueden incorporar voces, sonidos o imágenes. Por lo que los datos que afecten a la intimidad pueden ser de contenido muy variados: desde imágenes de contenido sexual, documentación sensible de una empresa, etc.

Mayor complejidad implica aquellos datos que en principio sólo contienen datos triviales, por no vulnerar propiamente el derecho a la intimidad. En estos casos se debe valorar si la información trasciende o no dentro del ámbito de la esfera personal y familiar del individuo, aunque sea información sin importancia alguna<sup>633</sup>.

Algunos de los actos delictivos característicos que vulneran la intimidad en Internet se realizan a través de programas “spyware” que recopilan información de los usuarios sin su consentimiento. También la introducción de programas informáticos maliciosos, los comúnmente llamados “virus” y “troyanos”<sup>634</sup>.

Por ello, la captación de imágenes físicas y otros dispositivos de vigilancia son ya cosa del pasado, en la actualidad la vulneración del derecho a la intimidad está relacionada más que con la injerencia externa con la propia capacidad de control que posee el individuo sobre su propia información.

En este contexto el teléfono móvil inteligente o “smartphone” se configura como el instrumento más importante que puede reflejar y proyectar la información más íntima de una persona. Probablemente no haya existido una herramienta en la historia del hombre que pudiera recopilar y transmitir tanta información personal a una velocidad instantánea en cualquier lugar del planeta.

---

[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/7\\_13Ponencia\\_Sr%20Suanzes.pdf?idFile=0677b617-03ec-41c8-8651-8d01968c45b7](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/7_13Ponencia_Sr%20Suanzes.pdf?idFile=0677b617-03ec-41c8-8651-8d01968c45b7) (Consultado 10/04/2018), p. 4

<sup>633</sup> Ibidem, pp. 9-10.

<sup>634</sup> Ibidem, p. 11.

Esta combinación de teléfono móvil con Internet se configura como una tecnología en la cual el individuo jamás desconecta de la interacción social, y tampoco puede rechazarla pues sino se aislaría frente a los demás. Los principios clásicos del Derecho se deben flexibilizar porque son demasiado rígidos para adaptarse a estos nuevos cánones<sup>635</sup>.

### 7.3.2. El derecho a la intimidad y los menores de edad: los nativos digitales

La traslación de una vida social a una vida virtual es uno de los grandes cambios en la actualidad que afecta a todo tipo de personas, si bien los menores de edad son un colectivo que se ve afectado de una manera peculiar. Esta generación digital o los comúnmente llamados “nativos digitales” son un colectivo que ha nacido en plena era informática y utilizan con una naturalidad pasmosa las redes sociales para comunicarse e interaccionar socialmente.

Este cambio drástico implica que el concepto de identidad, y especialmente la concepción propia de la intimidad va ser tomada de forma diferente, si bien es cierto que va a poseer un dominio y una experiencia mayor con las nuevas tecnologías que la generación anterior, también es cierto que se van a formar una serie de conductas un tanto peligrosas, porque derechos fundamentales como la intimidad van a ser desdeñados con mayor facilidad y sus posibles vulneraciones no van a ser vistas tanto como un acto reprobable sino como un hecho natural del uso y utilización de las nuevas tecnologías<sup>636</sup>.

Uno de los fenómenos tecnológicos más importantes que pone de relieve estos comportamientos son las redes sociales, estas redes se configuran como unos lugares que han sido poblados por los menores de edad (aunque no exclusivamente, pero sí en su mayoría), en los cuales el derecho en no pocas ocasiones se ve incapaz de entender cómo funcionan estos entornos digitales.

---

<sup>635</sup> Cf. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., «Requiem por el derecho a la intimidad en los Smartphone. Análisis de la última jurisprudencia del TC contrastada con la del TEDH», en *Revista Aranzadi Doctrinal* 9 (2014), pp. 68-72.

<sup>636</sup> Cf. OLIVA MARAÑÓN, C., «Redes sociales y jóvenes: una intimidad cuestionada en Internet», en *APOSTA. Revista de Ciencias Sociales* 54 (2012), pp. 1-2.

Las redes sociales introducen una serie de mecanismos que son esenciales para comprender su éxito:

- En primer lugar, el número de redes sociales es muy grande, tanto en número de redes sociales como los millones de usuarios que pueden llegar a albergar.
- Las redes sociales dotan a los usuarios una sensación de pertenencia a una comunidad con la que compartir información y experiencias.
- Se da la posibilidad de participar en las mismas con un pseudónimo o “nick” de modo que no se participa con un perfil equivalente a la vida offline, sino que se asume una nueva identidad virtual<sup>637</sup>.

Se ha llegado al punto de que utilizar una red social conlleva implícitamente la renuncia del derecho a la intimidad, esta concepción es claramente errónea aunque si es cierto que relacionarse en una red social sin conocer el alcance de los mensajes y los riesgos que puede conllevar pueden ser peligroso para el derecho a la intimidad.

Los menores de edad son un colectivo especialmente vulnerable, pues a pesar de su pericia con el mundo digital no dejan de ser menores de edad, pero lo que muchos desconocen la trascendencia que pueden tener sus actos en las redes sociales<sup>638</sup>.

El derecho a la intimidad, cuando se refiere a los menores de edad es un derecho fundamental que se encuentra mucho más expuesto, pues se plantean algunas incógnitas, por ejemplo aunque un menor de edad haya dado su consentimiento para que se publique información personal si deben intervenir los padres o incluso la Fiscalía de Menores. Obviamente habrá que distinguir algunas circunstancias, pues si el menor lo es de menos de 14 años no habrá duda alguna al respecto<sup>639</sup>.

En cuanto a los peligros más comunes que suelen encontrarse los menores de edad en las redes sociales, destacan los siguientes:

---

<sup>637</sup> Ivi, pp. 4-6.

<sup>638</sup> Cf. PELÁEZ FERNÁNDEZ, P., «Redes sociales y derecho fundamental a la intimidad en los menores», en *CADUP* (2015) pp. 1-2.

<sup>639</sup> *Ibidem*, pp. 5-6.

- Grooming. Es un tipo de acoso sexual que tiene lugar en Internet, el cual se ejerce por una persona adulta hacia un menor de edad. La actuación más común es que esta persona intente ganarse la confianza del menor y, una vez conseguida intente conseguir imágenes de contenido sexual.

- Sexting. Es un tipo de acoso sexual muy similar al grooming, con la salvedad de que este es ejercido por un menor de edad a otro menor de edad. Consiste en la posesión de imágenes, vídeos o conversaciones de contenido sexual (normalmente suelen tratarse de chicas menores de edad, aunque no siempre es así), las cuales se envían usualmente de forma voluntaria a través de las redes sociales u otras aplicaciones móviles. El sexting puede derivar en sextorsión, que es cuando la víctima es chantajeada con dichas imágenes o vídeos.

- Ciberbullying. Se trata del bullying ejercido a través de medios informáticos, su peculiaridad consiste en que, al contrario que el bullying el cual finaliza normalmente cuando cesa el acoso escolar, este continúa en el tiempo pues la víctima nunca “desconecta” de Internet<sup>640</sup>.

La mayoría de jóvenes tienen la necesidad de “enseñar” sus informaciones personales en Internet, aunque no reconozcan que eso implica relevar datos de su intimidad. Es precisamente esta variable la que hay que determinar para comprender la interacción social de los menores, que el deseo de comunicarse e interactuar con otros en la Red es mucho más fuerte que el de preservar la intimidad.

En ocasiones, el acto de relevar datos íntimos puede obedecer a una necesidad de llamar la atención o ganar trascendencia en las redes sociales. Antes de la existencia de Internet los límites estaban mucho más definidos, ahora la situación es más compleja porque se vive interconectado constantemente<sup>641</sup>.

Un menor de edad puede convertirse en un usuario de una red social de una manera muy fácil y simple, esto podría chocar con la supuesta protección que

---

<sup>640</sup> Ivi, pp. 6-9.

<sup>641</sup> Cf. WINOCUR, R., «Transformaciones en el espacio público y privado. La intimidad de los jóvenes en las redes sociales», en *TELOS* (2012), pp. 85-89.

promulgan las leyes, porque dicha situación lo que desprende es falta de seguridad (especialmente en lo que se refiere al consentimiento)<sup>642</sup>.

Si se tiene en cuenta que los menores de edad poseen una falta de madurez importante, es necesario generar y formar mediante la educación una conciencia sobre esta situación. Que existan una serie de protocolos de actuación que pueden hacer frente de forma eficaz y veloz a estas situaciones, ya que en la mayoría de los casos tanto agresor como víctima es un menor de edad.

Estas nuevas situaciones como el “grooming” o el “sexting” a veces no encuentran una solución convincente en el ordenamiento jurídico, es una problemática jurídica que va necesitar de un esfuerzo mayor pues los menores son muy vulnerables en las redes sociales<sup>643</sup>.

### 7.3.3. Intimidad y privacidad: la dicotomía de la protección de datos

Es bastante común confundir el derecho a la intimidad con el derecho a la privacidad, ambos conceptos son muy similares, comparten muchas conexiones y, en efecto, se utilizan de forma genérica para aludir a la misma cuestión. Sin embargo, estos dos conceptos tienen un contenido y un ámbito algo diferentes.

La intimidad como se ha visto, es la que ocurre en el ámbito más personal e interno del individuo, por ejemplo, la información que es relativa a sus pensamientos internos o mentales (sentimientos, vida sexual, etc.). Mientras que la privacidad engloba un círculo algo más amplio, pues es información relativa a la familia, la salud o las ideas religiosas<sup>644</sup>.

Así, la intimidad engloba las facetas más reservadas y estrechas del individuo, mientras que la privacidad engloba unas facetas más amplias y

---

<sup>642</sup> Cf. SÁNCHEZ GÓMEZ, A., «El marco normativo tradicional para la protección de los derechos de la personalidad del menor. ¿Alguna asignatura pendiente en el siglo XXI?», en *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal* 11 (2016), pp. 73-75.

<sup>643</sup> Cf. NIETO, M, B. & MONTESANO, M. I., «Redes sociales y derecho a la intimidad de los menores de edad» (2016), en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/redes-sociales-derecho-intimidad-nieto.pdf> (Consultado en 05/03/2018).

<sup>644</sup> Cf. VOLPATO, S., *El derecho a la intimidad y las nuevas tecnologías...*, cit. pp. 76-78.

globales, que aun así el individuo desea mantener reservadas y libres de injerencias externas, aunque es posible que no pueda evitar que otras personas las conozcan (por ejemplo el teléfono móvil o su titulación académica)<sup>645</sup>.

Otra de las claves para separar intimidad de privacidad, es que el derecho a la intimidad tiene un carácter material, mientras que el derecho a la privacidad tiene un carácter formal. Es decir, no es lo mismo un dato que obedezca al pensamiento interno en el cual el individuo tenga total protección y sólo él decida cuando levantar dicha protección; que datos dependen del contexto cultural y social, de modo que la protección de los mismos depende de una transparencia relativa<sup>646</sup>.

Tomando precisamente en cuenta esta característica, la propia Agencia de Protección de Datos Española ha tomado conciencia del peligro que puedes suponer el mundo digital para la privacidad estima algunas recomendaciones para los usuarios:

- Que el usuario sea consciente de los datos que facilita, a quién los facilita y cuál es el objetivo.
- Cautela con la introducción de datos sensibles al rellenar campos en una página web, el ejemplo más común es la introducción del correo electrónico para ser utilizado posteriormente para la remisión de *spam* o publicidad no deseada.
- Utilizar mecanismos de seguridad que protejan los datos, no realizar operaciones comerciales en sitios web "poco seguros" y tener en cuenta que cuando se introduce algún dato siempre queda registro de ello<sup>647</sup>.

Resulta evidente que es una tarea casi imposible alcanzar en Internet una seguridad similar a la del mundo offline, esto es así porque para empezar el problema jurídico comienza con la dificultad de determinar al verdadero

---

<sup>645</sup> Cf. DEL PESO NAVARRO, E., «La Protección de Datos y la Privacidad en Internet», en *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático* 33 (2000), pp. 64-66.

<sup>646</sup> Cf. MEGÍAS QUIRÓS, J. J., «Privacidad e internet: intimidad, comunicaciones y datos personales», en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época* 3 (2002) pp. 523-525.

<sup>647</sup> Cf. DEL PESO NAVARRO, E., «La Protección de Datos y la Privacidad en...», cit. pp. 80-82.



responsable de la infracción, por ello resulta ventajoso que el propio usuario tenga unas pautas de comportamiento “seguras” cuando desarrolle sus actividades en Internet<sup>648</sup>.

El concepto de privacidad en Internet ha tomado una considerable atención debido a las propias características de la Red, los usuarios de Internet son cada vez más conscientes de toda la información que se vierte en este mundo digital. Sin embargo, esto a su vez se configura como una paradoja, pues aunque los usuarios se preocupan en general por su privacidad, lo cierto es que no suelen hacer mucho para protegerse a sí mismos<sup>649</sup>.

El ordenamiento jurídico español no es ajeno a la tecnología y a Internet, las implicaciones del uso de la informática conllevan una delicada relación de poder y libertad entre el Estado y los ciudadanos. Siendo las dos posturas enfrentadas permitirlo todo, salvo lo que se prohíba por ley; y la de prohibirlo todo, salvo lo que la ley no prohíba. Siendo la postura española más cercana a la segunda, lo cierto es que cuando se habla de protección de datos se habla de proteger a las personas ante cualquier acceso no autorizado.

Actualmente la legislación sobre la protección de datos parte de los siguientes parámetros:

- Que toda persona tenga derecho de acceso a toda la información personal que le sea relativa, también la que se encuentre informatizada.
- Que toda persona tenga la posibilidad de controlar, en la medida de lo posible, toda la información personal que le afecta.
- Se ha de regular cuál es el tiempo de conservación de los datos personales, la finalidad de la recopilación de los datos y que se prohíba la revelación de datos personales<sup>650</sup>.

---

<sup>648</sup> Ivi, p. 83.

<sup>649</sup> Cf. LEIGH YOUNG, A. & QUAN-HAASE, A., «Privacy protection strategies on Facebook. The Internet privacy paradox revisited», en *Information, Communication & Society* 16 (2015), p. 480.

<sup>650</sup> Cf. REBOLLO DELGADO, L., «Veinticinco años de relación entre la informática y los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar», en *Revista de Derecho Político* 58-59 (2003-2004), pp. 220-224. Estos parámetros fueron configurados por primera vez en el

La regulación de la protección de datos va a sufrir cambios significativos con la aprobación del Reglamento 679/2016, General de Protección de Datos que reforma el panorama europeo relativo a la protección de datos personales, el cual se ha puesto en vigor a partir del 25 de mayo de 2018. Esta nueva legislación está pensada para hacer frente precisamente a los conflictos que presentan Internet y las nuevas tecnologías.

Aun así esta legislación tiene por delante varios y difíciles retos que afrontar, pues el Derecho e Internet no se acaba en Europa, pero no es desdeñable que se refuerce la protección de los datos personales, y al hacerlo como un conjunto de normas entre los Estados miembros de la Unión Europea se da un paso adelante hacia la “única” regulación digital<sup>651</sup>.

#### 7.4. DELIMITACIÓN DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN INTERNET

El derecho a la propia imagen, considerado el “hermano menor” respecto a los otros dos derechos fundamentales, tampoco es ajeno a la controversia. Muchos autores lo entienden dentro del derecho al honor o el derecho a la intimidad y le han negado una configuración propia, esto es debido a que en muchos documentos constitucionales y legales no aparece recogido de forma expresa.

No es el caso del ordenamiento jurídico español, el cual no sólo lo delimita en el artículo 18.1 de la Constitución, sino también en otras leyes como la Ley 1/82 de 5 de mayo de Protección del Honor, de la Intimidad y de la Propia Imagen y se

---

*Privacy Act*, que fue la Comisión creada por el gobierno de EEUU en 1974, considerada la pionera sobre la protección de datos y la intimidad. Dichos parámetros han sido tomados como inspiración por muchos textos legales, por ejemplo en España la Ley Orgánica de Protección de Datos recoge en los artículos 15, 16, 17 y 18 los “Derechos ARCO”, que son relativos a los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición que tiene el individuo frente a sus datos personales.

<sup>651</sup> Cf. GONZALO DOMENECH, J. J., «La aplicación del nuevo RGPD en el contexto del tratamiento de datos en la UE», en *REVISTA LEX MERCATORIA* 6 (2017), pp. 37-39.

define también por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Tiene por tanto una autonomía y singularidad propia<sup>652</sup>.

El derecho a la propia imagen se puede definir como el derecho que tiene cada persona a que se no se reproduzcan las características principales de su figura sin que exista consentimiento, esto implica la prohibición de una serie de actos como son captar, reproducir o publicar fotografías, archivos de vídeo u otros actos similares, en los cuales aparezca la imagen del individuo<sup>653</sup>.

Este derecho se ve afectado como es natural con la aparición de las nuevas Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, no sólo por los medios de comunicación que se nutren de la emisión de imágenes han dado su salto a la Red, sino particularmente por las páginas webs y redes sociales que se configuran básicamente por entornos gráficos.

Una red social como Facebook o Twitter cuenta con millones de usuarios que suben imágenes y vídeos todos los días, la imagen por tanto ha ganado máxima importancia en Internet y también la ha colocado en un pedestal de vulnerabilidad<sup>654</sup>.

#### **7.4.1. Aproximación constitucional del derecho a la propia imagen**

El derecho a la propia imagen es un derecho autónomo con un ámbito específico de protección, efectivamente se encuentra muy ligado al derecho al honor y al derecho a la intimidad porque su objeto no deja de ser la protección de la imagen del aspecto físico del individuo.

No sólo está prohibida la difusión de imágenes sin consentimiento, sino también la mera captación de las mismas. El aspecto físico de una persona

---

<sup>652</sup> Cf. DE PAULA BLASCO GASCÓ, F., «Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen», en *Bienes de la personalidad, Asociación de Profesores de Derecho Civil. Jornadas (2007 Salamanca)*, Murcia 2008, pp. 14-16.

<sup>653</sup> Cf. MORÁN GARRIDO, T., «El derecho a la propia imagen», en *Revista FEFPI*, pp. 16-17.

<sup>654</sup> Cf. GÓMEZ CORONA, E., «Derecho a la propia imagen, nuevas tecnologías e internet», en *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, COTINO HUESO, L. (Ed.), pp. 457-459.

constituye un elemento ligado a la dignidad humana porque resulta fundamental para reconocer al individuo e identificarlo, es un elemento que configura su esfera personal<sup>655</sup>.

Existen, no obstante, determinadas ocasiones donde si es posible utilizar las fotografías de una persona, incluso en contra de su consentimiento, pues el derecho a la propia imagen no es un derecho absoluto:

- Cuando existe un interés público en la difusión de la imagen que prevalece por encima del interés del individuo. Se trata de una situación en la cual se deberá ponderar y decidir cuál de los dos intereses debe prevalecer.
- Cuando se trata de una imagen de una persona pública o con gran notoriedad pública. Por ejemplo un individuo con un cargo político que se capta su imagen en un acto público.
- Cuando el derecho a la propia imagen confronta con el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de información. De forma similar a lo que sucedía con el derecho al honor y el derecho a la intimidad, en el caso de que una persona se vea perjudicada deberá iniciar un proceso judicial en el que se valorarán una serie de circunstancias, por ejemplo si la imagen captada es un elemento principal o secundario en la noticia o si la imagen es un elemento necesario o coherente con el contenido de la información publicada<sup>656</sup>.

Cuestión distinta es si cualquier persona puede ser fotografiada en un espacio abierto, en principio tal y como establece la ley debe existir un consentimiento porque si no podría ser una injerencia ilegítima al derecho de la propia imagen, las únicas excepciones serían las contempladas con anterioridad. En el caso de los menores de edad la cuestión es más simple de resolver, pues en todo caso se necesita el consentimiento expreso de sus tutores (que normalmente son los padres)<sup>657</sup>.

---

<sup>655</sup> Ivi, pp. 445-447.

<sup>656</sup> Cf. MORÁN GARRIDO, T., «El derecho a la propia imagen...», cit. p. 18.

<sup>657</sup> Ibidem, pp. 19-20.

También puede suceder el caso de un individuo que consienta y ceda su imagen, pero por una violación del acuerdo propuesto se afecte a su dignidad y se vulnere su derecho fundamental. Otra cuestión es que aun existiendo consentimiento y se haga un mal uso de la imagen afecte no sólo a la esfera patrimonial, sino también a la moral. En cualquier caso, siempre hay un elemento esencial en este tipo de conflictos, y es que el individuo sea en primer lugar reconocible para que exista una conexión palpable<sup>658</sup>.

Aunque la imagen de la persona siempre está conectada al individuo como un derecho fundamental, es necesario hacer una división respecto al perjuicio patrimonial y el daño moral. El aspecto patrimonial es la facultad que tiene el sujeto para lucrarse económicamente, mientras que el aspecto moral está referido a la protección de su propia personalidad.

Es importante esta distinción, porque si se da solo el perjuicio patrimonial el conflicto jurídico deberá resolverse por cauces ajenos al de la protección constitucional, aunque sigue como es natural el de la jurisdicción ordinaria<sup>659</sup>.

#### **7.4.2. Efectos jurídicos de la publicación de imágenes en redes sociales**

El uso generalizado de las redes sociales presenta nuevos desafíos al Derecho en lo que respecta a la protección del derecho a la propia imagen. Muchos usuarios publican imágenes personales tanto suyas como de terceras personas, estos comportamientos afectan a varios derechos fundamentales.

A veces se crean perfiles falsos con la intención de suplantar la identidad y para ello se publican una serie de imágenes de la víctima, este tipo de conductas vulneran seriamente el derecho a la propia imagen. Sin embargo, las conductas que merecen un análisis son la publicación de imágenes que tienen precisamente un carácter inofensivo por ser imágenes de una reunión familiar o amigos cuya intención no es la de perjudicar en ningún caso.

---

<sup>658</sup> Cf. GÓMEZ CORONA, E., «Derecho a la propia imagen, nuevas tecnologías...», cit. p. 451.

<sup>659</sup> Cf. RODRIGUES DA CUNHA E CRUZ, M. A., «El concepto constitucional del derecho a la propia imagen en España y Brasil», en *Chapecó* 14 (2013), pp. 350-351.

Estas conductas pueden comprometer o incluso perjudicar a los integrantes de la imagen, bien sea porque revelan por ejemplo actos íntimos o porque revelan información personal como una enfermedad o una situación de acoso o malos tratos<sup>660</sup>.

Un elemento esencial antes de determinar si la publicación de la imagen vulnera algún derecho es considerar el reconocimiento del sujeto afectado, este reconocimiento debe realizarse mediante criterios objetivos, así no vulneraría el derecho a la propia imagen una fotografía en la que el individuo se encuentre situado de espaldas o la captación de su cara sea irreconocible.

Curiosamente el Tribunal Constitucional sí considera la captación de una imagen de un tercero simulando ser la víctima (la utilización de un doble) o si el reconocimiento del sujeto lo es a través de la voz o el nombre encuadrados en una imagen audiovisual (la utilización de un nombre sin permiso en una red social) como una vulneración de este derecho<sup>661</sup>.

Una vez esclarecida la cuestión del reconocimiento, la cuestión es la siguiente, ¿puede un sujeto oponerse a todas las acciones que conlleven un uso sin consentimiento de su imagen en las redes sociales?, aunque en principio el sujeto goza de su derecho de protección a la propia imagen, también hay que considerar el sentido común y las circunstancias, pues no se debe valorar por igual el uso sin permiso en un perfil falso de una red social, que la utilización por una persona cercana al sujeto en un perfil de carácter abierto con muchas imágenes ya subidas de antemano propias y ajenas.

En estos últimos casos se deduce una especie de consentimiento tácito por el cual se permite la publicación de imágenes sin permiso alguno. El problema radica, no en el consentimiento, sino precisamente en la falta de educación y responsabilidad que poseen algunos usuarios<sup>662</sup>.

---

<sup>660</sup> Cf. MARTÍNEZ OTERO, J. M., «Derechos fundamentales y publicación de imágenes ajenas en las redes sociales sin consentimiento», en *Revista Española de Derecho Constitucional* 106 (2016), pp. 121-123.

<sup>661</sup> *Ibidem*, pp. 124-125.

<sup>662</sup> *Ibidem*, pp. 130-131.

España tiene un adecuado nivel de protección, los tribunales dan una respuesta razonable cuando existe un mal uso de imagen por cuestiones publicitarios o comerciales, el verdadero problema se suscita cuando realmente existe una intromisión ilegítima, empezando porque en muchas ocasiones la víctima no se dirige contra el verdadero responsable sino directamente contra el sitio web o el administrador de la red social<sup>663</sup>.

---

<sup>663</sup> Cf. GARCÍA SANZ, J., «La protección civil frente a la utilización in consentida de la propia imagen para fines publicitarios o comerciales. Doctrina judicial», en *inDret: Revista para el Análisis del Derecho* 1 (2008), pp. 23-24.





**CAPÍTULO VIII -  
RETOS QUE PLANTEA  
INTERNET EN EL PRESENTE  
Y EN EL FUTURO PARA EL  
DERECHO**



## CAPÍTULO VIII - RETOS QUE PLANTEA INTERNET EN EL PRESENTE Y EN EL FUTURO PARA EL DERECHO

Las personas establecen vínculos y se relacionan entre sí en Internet, cada comunidad tiene sus propias peculiaridades y reglas, en las redes sociales también se da esta interacción y esta sensación de pertenencia a un espacio nuevo y dinámico. Hoy en día nadie duda que relacionarse en Internet es casi tan importante como hacerlo fuera de él.

De estas interacciones surgen relaciones de amistad y de confianza, aunque también pueden surgir situaciones de perjuicio personal. Las personas, además, tienden a relacionarse de la misma forma sea en Internet o en la vida real, por lo que en muchas ocasiones lo personal y lo digital tiende a confluir entre sí<sup>664</sup>.

Muchas de estas relaciones tienen que ver con el desarrollo de los derechos fundamentales y por ello se han analizado en el anterior capítulo el marco constitucional de los derechos fundamentales más relevantes en la red y como se ven afectados por el uso de Internet.

Sin embargo, en este capítulo se va a estudiar algunas de las figuras típicas relevantes que tienen lugar en el mundo digital y que están estrechamente conectadas con los derechos fundamentales:

- Se ha visto como se delimitan el derecho al honor y la libertad de expresión en Internet, el control del contenido de los mensajes de los usuarios puede plantear medidas que suponen una restricción de libertad, por tanto, se van a examinar en primer lugar la figura del “hate speech” como problema más significativo para la libertad de expresión en Internet y en segundo lugar que papel juega la censura como posible respuesta a estos conflictos.
- Respecto al derecho a la intimidad se va a estudiar algunos de los mecanismos que han surgido recientemente para hacer valer este derecho

---

<sup>664</sup> Cf. BELDA INIESTA, J. & ARANDA SERNA, F. J., «El paradigma de la identidad: hacia una regulación del mundo digital», en *Revista Forense* 422 (2015), pp. 196-197.

para los usuarios, concretamente la configuración del “Derecho al olvido” como un derecho autónomo y con entidad propia que poseen los usuarios respecto a los motores de búsqueda en la Red.

- Se va a examinar también la figura de la identidad virtual o “avatar” como nueva concepción que parte de la identidad real de cada persona en Internet y se proyecta en este mundo virtual, la cual tiene varias implicaciones para el derecho a la propia imagen.

- Y también se va a estudiar el papel que juegan los prestadores de servicios web o intermediarios respecto a la cuota de responsabilidad que pueden poseer en todos estos conflictos.

Una vez establecida esta visión general sobre las figuras que suscitan más intereses para el Derecho se puede comprender como Internet es una realidad social y compleja que no puede permanecer ajena. Va a ser necesario configurar un ordenamiento jurídico cuyo objeto sea precisamente la correcta regulación del mundo digital.

Muchas de estas reglas ya son asumidas por los propios espacios digitales a través de la autorregulación y las propias prácticas sociales que desarrollan los ciudadanos en su interacción social.

### 8.1. EL DISCURSO DEL ODIOS EN INTERNET: EL *HATE SPEECH*

El discurso del odio o *hate speech* es una expresión que se utiliza para determinar actividades antijurídicas de muy diversa naturaleza: mensajes xenófobos, la negación del holocausto o la promoción del genocidio de un pueblo son algunos de los ejemplos más representativos<sup>665</sup>.

Este discurso del odio puede transmitirse por cualquier medio de difusión social, como por ejemplo las redes sociales con la intención de incitar al odio, a los prejuicios y a la violencia. Los motivos pueden ser muy variados: la raza, la religión, la nacionalidad, la orientación sexual, las ideas políticas, etc.

---

<sup>665</sup> Cf. DÍAZ SOTO, J. M., «Una aproximación al concepto de discurso del odio», en *Revista Derecho del Estado* 34 (2015), pp. 78-79.

Estas expresiones de odio se fundamentan en la discriminación y la intolerancia, por lo que poseen una gran connotación negativa, debido al trato de desprecio o perjuicio sin motivación razonable alguna. Estas expresiones se dirigen en contra de los derechos fundamentales porque atentan contra los principios de dignidad e igualdad de los seres humanos.

Son muchas las acepciones que se pueden utilizar para calificar al discurso del odio, pero todas coinciden en que este se sustenta con la intolerancia que es la que lo alimenta, derivando a su vez en manifestaciones muy variadas como son el racismo, la xenofobia, la homofobia, el sexismo o la misoginia<sup>666</sup>.

La interacción, el anonimato y la percepción de credibilidad de Internet lo han convertido en una herramienta poderosa de persuasión para los mensajes positivos, pero también para los mensajes negativos. Hay que pensar que en el fondo del origen del *hate speech* se encuentra el controvertido debate de los límites de la libertad de expresión<sup>667</sup>.

El problema radica precisamente en que la utilización de Internet puede propagar los mensajes de odio e incitadores a la violencia a una velocidad inimaginable. Las redes sociales son actualmente el canal más adecuado para la propagación de estos mensajes, a diario hay una gran proliferación de expresiones de odio, extremistas y racistas.

Los mensajes de odio y el acoso individual se han convertido en la tónica habitual en las redes sociales, únicamente en Twitter existen miles de tuits racistas todos los días. Las instituciones jurídicas y políticas están muy preocupadas con esta cuestión porque es un conflicto difícil de atajar<sup>668</sup>.

---

<sup>666</sup> Cf. RODRÍGUEZ EXPÓSITO, C., «Discurso del Odio o Hate Speech», en *CRIMINA* <http://crimina.es/crimipedia/topics/discurso-del-odio-hate-speech/> (Consultado 27/03/2018).

<sup>667</sup> Cf. ERJAVEC, K. & POLER KOVAČIČ, M., «“You Don’t Understand, This is a New War!” Analysis of Hate Speech in News Web Sites», en *Mass Communication and Society* 15 (2012), p. 901.

<sup>668</sup> Cf. CABO ISASI, A. & GARCÍA JUANATEY, A., *El discurso del odio en las redes sociales: un estado de la cuestión*, Barcelona 2017, pp. 5-9.

### 8.1.1. ¿Cómo se detecta el *hate speech*?

Hace casi medio siglo se introdujo por primera vez en las legislaciones del Reino Unido y Estados Unidos algunas normas para luchar contra acciones basadas en el odio y la intolerancia, casi 30 años después estas normas enfocadas a la protección de algunos grupos étnicos y sociales se trasladaron a Europa.

Estos actos delictivos antes de la llegada de Internet se denominaban como *hate crimes*, se caracterizaban por tener un impacto extremo y brutal que causaban un efecto devastador a la víctima a la que es dirigida, y no sólo a la víctima como individuo sino que también posee un impacto emocional al resto de individuos del colectivo al que pertenece la víctima.

Al principio la aparición de este fenómeno estaba asociado con el perjuicio cometido contra la raza, la religión, la orientación sexual o la etnia, quedando cualquier otro tipo de perjuicios apartados del *hate crimes*<sup>669</sup>.

Actualmente el *hate speech* es desafortunadamente muy común en Internet, y en algunos casos culmina en el perjuicio de algunas personas, sin embargo conviene distinguir la mera expresión del odio a las acciones físicas, pues las primeras se englobarían dentro del *hate speech* mientras que las segundas se englobarían dentro de los *hate crimes*.

La distinción es conveniente, no obstante, no se pueden desligar completamente los dos conceptos, pues una expresión de odio en Internet puede ser el indicio que conlleve a un acto mucho peor. Son Facebook y Twitter las redes sociales donde más se producen estos fenómenos de odio, aunque no es exclusivo de estas dos redes sociales, en el resto de Internet el *hate speech* está creciendo de forma exponencial<sup>670</sup>.

Aunque a veces es muy fácil detectar este tipo de expresiones, en algunas ocasiones es extremadamente difícil porque el *hate speech* se realiza a menudo de

---

<sup>669</sup> Cf. MARTIN HERRERA, D., «Constitucionalidad del Discurso de Odio. Cuando el "Hate Speech" se convierte en "Hate Crime"», en *Comunicación en el XI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España* (2013), pp. 1-3.

<sup>670</sup> Cf. WASEEM, Z. & HOVY, D., «Hateful Symbols or Hateful People? Predictive Features for Hate Speech Detection on Twitter», en *Proceedings of NAACL-HLT* (2016), p. 88.

forma sutil y humorística, pero en el fondo recoge un mensaje racista o sexista. Por ello, al margen de que un mensaje posea o no mensajes insultantes o palabras de desprecio, un mensaje que se puede englobar dentro del *hate speech* es el que posee alguna de los siguientes parámetros:

- Utiliza insultos racistas y sexistas.
- Ataca a las minorías.
- Busca silenciar a las minorías.
- Critica a una minoría sin utilizar argumentos con fundamento.
- Promueve, aunque sea indirectamente, el uso de la violencia.
- Critica a una minoría y la utiliza con “cabeza de turco” para un problema social.
- Confunde la verdad para distorsionar la imagen pública de una minoría.
- Si en redes sociales apoya directa o indirectamente mensajes de odio, por ejemplo en Twitter promueve hashtags xenófobos.
- Aquel que configura un perfil público que es ofensivo o incluso palabras xenófobas o sexistas<sup>671</sup>.

La utilización de palabras estereotipadas que se pueden tomar desde una perspectiva tanto positiva como negativa supone un gran problema para detectar el *hate speech*<sup>672</sup>.

También resulta interesante cuando los usuarios de algunos sitios web construyen su propia jerga lingüística con el fin de ofender al resto de usuarios, este sistema es bastante efectivo porque además de evitar sistemas de detección

---

<sup>671</sup> Ivi, p. 89.

<sup>672</sup> Por ejemplo, el mero uso de la palabra “ETA” en sí misma no constituye un delito porque aun siendo una palabra que designa a una organización terrorista que se asocia a delitos de odio y enaltecimiento del terrorismo puede utilizarse para construir expresiones con un fin histórico, jurídico o cultural. El mero hecho de mencionar un grupo terrorista no implica que se esté atacando a las víctimas del terrorismo, sin embargo, el conflicto resulta de utilizar un lenguaje verbal ambiguo y confuso. Vid. WARNER, W. & HIRSCHBERG, J., «Detecting Hate Speech on the World Wide Web», en *Proceeding of the 2012 Workshop on Language in Social Media* (2012), p. 21.

como el de palabras clave, consigue el objetivo de ofender y herir a la víctima sin que el ordenamiento jurídico pueda calificar dicha expresión como ofensiva<sup>673</sup>.

### 8.1.2. El ciberodio como delito

El odio es un concepto que engloba diversos comportamientos, desde agresiones hasta los insultos y las amenazas, el punto de referencia de todas estas actividades delictivas es la hostilidad contra ciertos grupos y minorías. Uno de los problemas que aparece sancionar estas conductas no es realmente que se sancione al sujeto por ser machista o racista, sino porque estas conductas producen un perjuicio psicológico a las víctimas y crean un ambiente discriminatorio

Con la llegada de las nuevas tecnologías e Internet el odio se convierte en “ciberodio”, por lo que el mundo digital se llena de expresiones hostiles, discriminatorias y denigrantes. La persecución de estas conductas por la vía penal va a chocar muchas veces con la libertad de expresión, lo cual presenta un conflicto jurídico de envergadura, al coartar un derecho fundamental en base a la necesidad de proteger a un colectivo por un daño emocional (las emociones y los sentimientos son siempre ambiguos y difíciles de determinar para el Código penal)<sup>674</sup>.

El odio puede ser definido como animadversión y hostilidad hacia algo o alguien al que se le desea que le ocurra un mal, el odio se nutre de un factor de emotividad dividido en tres elementos claros:

- El sentimiento de animadversión del autor que proyecta sobre algo o alguien.
- El deseo de que su objetivo sufra un daño.

---

<sup>673</sup> Esta forma de proceder es bastante conocida en el mundo anglosajón donde los usuarios emplean un verdadero repertorio de palabras imaginativas para imitar las palabras mal sonantes sin que constituya una ofensa. Vid. DJURIC, N., et al., «Hate Speech Detection with Comment Embeddings», en *Proceeding WWW '15 Companion Proceedings of the 24th International Conference on World Wide Web* (2015), pp. 29-30.

<sup>674</sup> Cf. FUENTES OSORIO, J. L., «El odio como delito», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 19 (2017), pp. 20-21.



- El daño y el alcance que alcanza este daño<sup>675</sup>.

En España los delitos de odio eran muy desconocidos hasta los últimos 10 años, esto ha provocado un intenso debate en torno a su propia existencia y especialmente sobre qué grupos deben ser considerados como víctimas de estos delitos. En España esta clase de delitos están especialmente vinculados con los inmigrantes y otras minorías, y se propaga especialmente en las redes sociales.

Otro de los problemas es detectar correctamente este delito, porque existe muy poco consenso en primer lugar sobre que es un delito de odio, por lo que muchos delitos que se perpetran no son calificados como tales y no se incluyen en las estadísticas. Tampoco se pueden elaborar políticas públicas que sean verdaderamente efectivas y que ayuden a prevenir estos delitos y asistan a las víctimas<sup>676</sup>.

Fue en el año 2015 cuando se reformó el artículo 510 del Código penal español precisamente para una mejor regulación de estas conductas, este artículo persigue y castiga el odio y la discriminación, así como la animadversión por motivos discriminatorios y xenófobos.

Establece dicho artículo que serán punibles las conductas que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o una persona determinada, por motivos racistas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, o dada su situación familiar, la pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad.

Esta regulación permite albergar un espectro más determinado de quienes pueden ser consideradas víctimas de estas conductas delictivas. El hecho que se especifique que también son punibles las referencias indirectas permite una mayor protección a las víctimas frente a comentarios sutiles y ambiguos<sup>677</sup>.

---

<sup>675</sup> Ivi, p. 22.

<sup>676</sup> Cf. LÓPEZ ORTEGA, A. I., «Análisis de los delitos de odio en España (2011-2015)», en *Pensamiento al margen. Revista digital* 6 (2017), pp. 27, 49-50.

<sup>677</sup> Cf. GASCÓN CUENCA, A., «La nueva regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: la modificación del artículo 510 CP», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 32 (2015), pp. 73-74.

Especialmente relevante es el apartado 3 de dicho artículo que prevé un tipo cualificado cuando aquellas conductas se realicen a través de Internet, se utilicen redes sociales o cualquier medio que brinde las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones.

La justificación del tipo cualificado obedece a la viralidad a la que pueden ascender dichos mensajes, por el número desmedido de personas a los que puede llegar el mensaje multiplicando la posibilidad de que se extienda el odio y la animadversión contenida en dichos mensajes, tomando en cuenta que en muchas ocasiones estos mensajes se realizan desde el anonimato<sup>678</sup>.

Otro de los objetivos de esta reforma es adaptar dicha figura a los estándares internacionales, contemplar tanto las acciones directas como indirectas es una medida para garantizar la protección de las víctimas, también que las acciones se realicen de forma pública.

La nueva regulación del artículo ha mejorado en buena medida la tipificación de estas conductas, no obstante queda mucho por hacer pues el debate de fondo de la confrontación con la libertad de expresión siempre estará latente. La nueva regulación no debe desviarse de un objetivo original que es la de proteger a las víctimas, pero no coartar la libertad en las redes sociales<sup>679</sup>.

Una de las formas que puede adoptar el discurso del odio es el enaltecimiento del terrorismo, tipificado en el artículo 578 del Código penal para aquellas conductas que calumnien o humillen a las víctimas del terrorismo y sus familiares. El mayor problema que entraña esta figura en la actualidad es la división de la doctrina y la jurisprudencia respecto a si esta figura puede precisamente coartar la libertad de expresión e ideológica.

Tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo han considerado que el delito de enaltecimiento del terrorismo se justifica no porque implique una

---

<sup>678</sup> Ivi, p. 83.

<sup>679</sup> Ibidem, pp. 88-89.

provocación que conlleve a realizar actos concretos de terrorismo, sino porque sustenta y apoya el mantenimiento del entorno y los fines terroristas<sup>680</sup>.

El objetivo de este artículo es la protección de las víctimas del terrorismo de mensajes que atenten contra su dignidad y que les causen un sufrimiento injusto, el discurso del odio implica una extralimitación de la libertad de expresión porque suponen una conducta de humillación para las víctimas.

El problema reside precisamente en cómo puede la jurisprudencia acotar y delimitar estos mensajes determinándolos como mensajes de odio o simplemente como comentarios irrespetuosos y molestos pero al margen de la punición penal<sup>681</sup>.

Paradigmático es el caso de la twittera murciana Cassandra Vera Paz, condenada por diversos comentarios en Twitter en tono de burla sobre la muerte de Carrero Blanco, dicha twittera fue condenada por el artículo 578 en la Audiencia Nacional pero a posteriori fue absuelta por el Tribunal Supremo<sup>682</sup>.

La situación política y social de nuestro país ha cambiado enormemente, algunos autores señalan que el denominado “terrorismo ideológico” ya no tiene

---

<sup>680</sup> Cf. BERNAL DEL CASTILLO, J., «El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del “discurso del odio”», en *Revista de Derecho penal y criminología* 16 (2016), pp. 20-22.

<sup>681</sup> *Ibidem*, pp. 29-30.

<sup>682</sup> Resulta especialmente relevante como la apreciación de la conducta típica descrita en el artículo 578 ha enfrentado incluso a los propios jueces de la Audiencia Nacional, pues aunque fue condenada en primera instancia el voto particular de uno de los magistrados emitía que las expresiones malsonantes y en tono de burla de la twittera son una forma de reprender la cultura del *establishment* y constituyen una forma de desafío pero que en ningún caso suponen una forma de violencia ni humillación a las víctimas. Vid. SAN 514/2017, de 29 de marzo; Esta complejidad para determinar los comentarios que merecen una sanción penal de los que son simplemente un chiste fácil o de mal gusto es uno de los grandes debates jurídicos en la actualidad. El “caso Cassandra” es sólo uno de los más relevantes públicamente, pero actualmente existen otros en Twitter y otras redes sociales, y los seguirá habiendo en un futuro, algunos terminarán en absolución y otros en condena. Vid. STS 95/2018, de 26 de febrero de 2018.

razón de ser y por tanto la aplicación de este artículo en el contexto de Internet carece de sentido. Con la desaparición del terrorismo de ETA carecería de sentido pensar en un enaltecimiento de un clima terrorista, pues precisamente ya ha desaparecido la razón por la cual dicho artículo fue introducido.

Sin embargo, existen otras formas de terrorismo en la actualidad que merecen especial atención como es el terrorismo islámico, la propagación de mensajes exaltando dichas prácticas terroristas puede generar una estrategia de captación. En cualquier caso, aunque la eliminación del artículo no tiene sentido pues su objetivo es en primer lugar la protección de las víctimas, y en segundo lugar, si deberían considerarse cuales son las conductas que realmente se podrían encuadrar dentro del enaltecimiento terrorista y cuáles no al margen de que exista un verdadero peligro de amenaza terrorista<sup>683</sup>.

También es frecuente en el ámbito de Internet la difamación de las religiones dentro del *hate speech*, sin embargo la doctrina entiende que la difamación de una religión solo puede englobarse dentro de las injurias y las calumnias, porque si se englobara la difamación de una religión dentro de una confesión religiosa se podría impedir la libertad de expresión o ejercerse un control de la misma como ya sucede en algunos países islámicos (lo que es lo “religiosamente correcto”).

Es importante distinguir lo que es una incitación al odio de lo que es un juicio de valor, el cual no se basa en un hecho objetivo sino en una interpretación subjetiva. Sostener que los principios que sostienen a una religión o cuestionar sus dogmas no es necesariamente una difamación. Es necesario establecer un equilibrio correcto entre la protección de los sentimientos religiosos y la libertad de expresión<sup>684</sup>.

---

<sup>683</sup> Cf. BERNAL DEL CASTILLO, J., «El enaltecimiento del terrorismo y la humillación...», cit. 38-40.

<sup>684</sup> Cf. PÉREZ-MADRID, F., «Incitación al odio religioso o “hate speech” y libertad de expresión», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 19 (2009), pp. 27-28.

### 8.1.3. El futuro jurídico del *hate speech*

El discurso del odio no deja de ser expresiones de animadversión y discriminación basadas en un motivo emocional, no hay que confundir el *hate speech* que son justamente este tipo de expresiones hostiles e intimidatorias con los delitos de odio que se producen cuando se cometen físicamente estas expresiones.

El odio se identifica con la lesión a una víctima, es por ello que las leyes intentan evitar estas conductas para proteger una serie de bienes jurídicos, sean estos la libertad, la igualdad, los sentimientos religiosos o la integridad moral. Existe mucha preocupación por el desarrollo de estas conductas en el mundo digital, porque pueden generar con gran rapidez un clima predelictivo y de inseguridad, sin embargo, las medidas para evitar este clima pueden socavar la libertad de expresión, por lo que los ajustes jurídicos deben hacerse con mesura para que no exista una restricción de derechos<sup>685</sup>.

Internet es a la vez una bendición y una maldición para la comunicación social, la hace más fácil y más eficiente, pero por otro lado se presenta como una amenaza para las democracias representativas. Algunos autores piensan que el *hate speech* es simplemente una de las consecuencias nocivas de no regular correctamente Internet, sin embargo otros piensan que el *hate speech* es solo un mal menor, pues una intervención estatal en Internet provocaría un recorte de libertades<sup>686</sup>.

Es algo legítimo que las personas expresen libremente sus opiniones y pensamientos en las redes sociales, pero esto no es óbice para que se insulte y se discrimine al resto de los usuarios. Uno de los problemas que surgen es que es difícil detectar al autor del *hate speech*, pues muchos se esconden detrás de perfiles falsos y es casi imposible localizarlos.

Este hecho imprime de una sensación de impunidad, y aunque todo el mundo deja huella en Internet, este rastreo es muy costoso porque requiere de una investigación seria, de los medios y de la tecnología suficiente. En primer lugar las autoridades policiales deben solicitar a los jueces el acceso a los datos,

---

<sup>685</sup> Cf. FUENTES OSORIO, J. L., «El odio como delito», cit. pp. 44-49.

<sup>686</sup> Cf. TESIS, A., «Hate in Cyberspace: Regulating Hate Speech on the Internet», en *San Diego Online Review* 38 (2001), pp. 863-864.

muchas veces ni siquiera las denuncias se llevan a trámite precisamente porque se desconoce la identidad del autor, esta paradoja impide que muchos delitos queden sin castigo<sup>687</sup>.

Uno de los grandes obstáculos para regular mejor estas conductas es el anonimato de los sujetos y su carácter multijurisdiccional, esto hace muy difícil perseguir a individuos o colectivos que se dedican a propagar sus mensajes de odio. Algunas de las posibles soluciones más drásticas que se proponen son las siguientes<sup>688</sup>:

- Establecer filtros de palabras clave, de modo que dicho programa informático detecte cuáles son las páginas que poseen contenido nocivo o palabras ofensivas hacia ciertos colectivos<sup>689</sup>.
- Bloquear las páginas web de aquellos usuarios ejerzan el discurso del odio<sup>690</sup>.

En los últimos años han proliferado muchas páginas webs extremistas que escapan a la ley, la regulación unilateral de los Estados no es una buena solución, pues aunque una ley nacional cierre una página web, seguramente esta se abrirá de nuevo con otro nombre y en el servidor de otro país.

---

<sup>687</sup> Cf. LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Insultos online, ¿soluciones offline?», en *Actualidad jurídica Aranzadi* 912 (2015), p. 9.

<sup>688</sup> Cf. VAN BLARCUM, C. D., «Internet Hate Speech: The European Framework and the emerging American Haven», en *Washington and Lee Law Review* 62 (2005), p. 783.

<sup>689</sup> Algunos de estos programas ya existen en la actualidad en Estados Unidos como *NetNanny* o *HateFilter* y son utilizados por muchos padres estadounidenses en los ordenadores de sus hijos, el problema es que técnicamente es imposible en la actualidad hacer un filtrado de webs ofensivas que verdaderamente sea eficiente. Cf. TESIS, A., «Hate in Cyberspace: Regulating...», cit. p. 865.

<sup>690</sup> Esta modalidad tiene dos problemas principales, el primero que en muchas ocasiones habrá un problema de jurisdicción por estar la página web alojada en un país extranjero, y el segundo, porque implicaría un precedente muy peligroso, ya que se podría cerrar una red social con millones de usuarios por el comportamiento de uno sólo de ellos. Cf. VAN BLARCUM, C. D., «Internet Hate Speech: The European...», cit. p. 784.

Por ello es más útil que se utilice además de la ley una serie de medidas tecnológicas que hagan más eficaz combatir el *hate speech* como son la monitorización de las localizaciones IP de los usuarios, esta integración del Derecho y la tecnología es el camino a seguir para reducir el impacto del daño que hace el *hate speech* en Internet<sup>691</sup>.

Esta integración de la tecnología junto con una mejor identificación del *hate speech*, permitirá establecer cuales son los bienes jurídicos que se afecten y hasta donde debe limitarse la libertad de expresión, entre otros. La ponderación de derechos es algo necesario para poder proteger a las minorías, por ello los tribunales no deben dar primacía a un derecho sobre otro, sino establecer un equilibrio correcto<sup>692</sup>.

## 8.2. LA CENSURA EN INTERNET

El control del contenido en Internet presenta muchas dificultades, pues el Derecho se va a ver en la tesitura de imponer medidas que supongan una restricción de libertad. En principio, el hecho de que cualquier persona pueda verter cualquier contenido con facilidad y en un brevísimo espacio de tiempo impide que exista una censura “previa” como ocurre en otros medios como la prensa escrita, puesto que aunque se prohíba que se publique una imagen o una opinión, esto no es óbice para que ésta se pueda propagar igualmente por la Red de diversas formas.

Sin embargo, por el propio carácter de Internet, que un contenido se pueda publicar con mucha facilidad puede implicar que también se pueda suprimir o bloquear con la misma facilidad, y además de forma definitiva si no existe una copia digital o tangible además de la que existe en la Red.

Estos instrumentos de control en Internet no sólo van a involucrar al Estado, sino también a los proveedores de Internet, a los propios usuarios e incluso a

---

<sup>691</sup> Cf. BANKS, J., «Regulating hate speech online», en *International Review of Law, Computers & Technology* 24 (2010), pp. 238-239.

<sup>692</sup> Cf. GASCÓN CUENCA, A., «Evolución jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 26 (2012), pp. 338-339.

sistemas automatizados. La censura va a ser vista como una herramienta de control de los contenidos que se vierten en la Red.

Internet supone como medio de difusión de la información un desafío a los controles que poseen los Estados sobre los medios de información, este descontrol es debido en gran parte al gran número de usuarios que hay a nivel mundial en la Red, se estima que la mitad de la población mundial (unos tres mil millones de personas) utiliza Internet<sup>693</sup>.

La prohibición de la censura surgió por primera vez hace doscientos años en la época de las revoluciones como rechazo al absolutismo, ahora dos siglos después se vuelve a hablar de censura como forma de lucha contra la pornografía infantil o la protección de la propiedad intelectual.

Sin embargo, la censura en la red no es un sofisticado sistema de control como en las monarquías del siglo XVIII, sino que obedecen a sistemas sofisticados y sutiles que además están presentes en las democracias europea y anglosajona<sup>694</sup>.

### **8.2.1. Una nueva forma de censura: la censura digital**

El artículo 20.2 de la Constitución española es bastante contundente y tajante, se establece que el ejercicio de los derechos fundamentales no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa, sin embargo, es bastante impreciso porque no define exactamente lo que es la censura<sup>695</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha acotado cierta definición de la misma, se entiende por censura aquella injerencia sobre la libre transmisión de ideas u opiniones, la Constitución prohíbe expresamente la censura previa. Por ello, la censura se encuentra ligada a una actividad de control previa, aunque no se deben descartar otras modalidades como la supervisión.

---

<sup>693</sup> Cf. ARANDA SERNA, F. J., «La delimitación de la libertad de expresión en Internet. La confrontación de derechos y la censura digital», en *Hacia una Justicia 2.0: actas del XX Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática*, YAMEL MUNIVE, E. (Coord.), Salamanca 2016, pp. 21-22.

<sup>694</sup> Cf. GARCÍA MORALES, M. J., «La prohibición de la censura en la era digital», en *Teoría y realidad digital* 31 (2013), p. 238.

<sup>695</sup> *Ibidem*, p. 242.



La censura se practica cuando los contenidos intervenidos son incompatibles con una serie de criterios impuestos por el Estado (sea este democrático o no), así a lo largo de la historia los criterios han variado desde los religiosos hasta los ideológicos y políticos<sup>696</sup>.

El uso de la censura en Internet requiere de una nueva configuración, pues los viejos parámetros ya no sirven para este nuevo medio digital, ya no se plantea si se debe prohibir o limitar contenido en Internet, sino como debe hacerse para ajustarse a un fin legítimo y que sea compatible con la Constitución<sup>697</sup>.

En España la censura en Internet se desarrolla a través de dos supuestos:

- Cerrar páginas web por intervención judicial. Recogido en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la información y de Comercio electrónico, por la cual se puede cerrar una página web si se vulneran una serie de principios como el respeto a la dignidad humana o la seguridad pública. El cierre de páginas web implica la imposibilidad de acceso a la web y la retirada de los contenidos. Merece la pena mencionar la Ley 2/2011, de 4 marzo, de Economía Sostenible o “Ley Sinde” que en pos de una protección de la propiedad intelectual pretendía delegar dicha función de los cierres de páginas web a una comisión dependiente del gobierno, finalmente dicha ley se aprobó con algunas modificaciones en el año 2011. El cierre de una página web puede suponer una grave afrenta a las libertades informativas, sin embargo realmente no es una censura previa sino un control posterior. El verdadero debate nacido de la “Ley Sinde” es sobre cuál debe ser la autoridad que posea la potestad para cerrar una página web, pues tampoco debe ser una potestad de los prestadores de servicio<sup>698</sup>.

- La automatización de la censura a través de la tecnología. El uso de programas informáticos para limitar la libertad de expresión puede sentar un precedente peligroso, en primer lugar porque la tecnología no es lo suficientemente precisa todavía para detectar con eficacia, y en segundo

---

<sup>696</sup> Ivi, pp. 243-248.

<sup>697</sup> Ibidem, p. 249.

<sup>698</sup> Ibidem, pp. 254-256.

lugar porque nada justifica un control indiscriminado de la comunicación. Estos procesos de automatización pueden ser configurados por el propio usuario para seleccionar y eliminar aquel contenido que no desee ver, pero también pueden ser configurados por el Estado para filtrar páginas web<sup>699</sup>.

Es este último punto, el del uso de la tecnología para desarrollar la censura digital el que merece especial atención, normalmente el filtrado de información se realiza a través de dos sistemas automatizados:

- El bloqueo técnico. A través del bloqueo de IP, manipulación del DNS o el bloqueo de las URL usando un proxy. Estas técnicas se usan para impedir el acceso a páginas web específicas, dominios o direcciones IP. Por el bloqueo de URL se puede impedir una búsqueda a través de una lista negra de palabras clave.

- Eliminación de las búsquedas. Consiste simplemente en que las compañías se ponen de acuerdo en evitar que ciertas páginas web aparezcan en los motores de búsqueda, así es mucho más difícil acceder a una página web<sup>700</sup>.

El uso de estas tecnologías se puede clasificar en varios niveles según el autor que las desarrolle y el empleo las mismas:

- Si el autor es el gobierno de un Estado. Normalmente quien va a usar estas tecnologías será el ministerio de comunicaciones públicas o de información, algunos de los países que las emplean son Arabia Saudí, Irán, Venezuela o China. El gobierno decide cuales son las páginas web que deben ser bloqueadas por razones de seguridad nacional.

- Si el autor es un proveedor de Internet. Los propios proveedores del servicio se encargan de filtrar y bloquear contenidos a sus propios clientes, normalmente por consejo del gobierno del Estado donde operan. Algunos de estos países donde ocurre esta práctica son Kuwait, Singapur o Malasia, a veces no es un bloqueo total sino que una alerta le aparece al usuario cuando accede a la web y le invita a no seguir navegando en ella.

---

<sup>699</sup> Ivi, pp. 260-263.

<sup>700</sup> Cf. HAMADE, S. N., «Internet Filtering and Censorship», en *Fifth International Conference on Information Technology: New Generations* (2008), p. 1082.

- Si el autor es una organización privada. Algunas organizaciones tienen su propio sistema de bloqueo y de acceso a Internet, como por ejemplo un colegio, una universidad o un hospital. Normalmente los bloqueos se utilizan para proteger a los menores de edad o que los trabajadores no accedan a páginas de ocio en horas de trabajo.

- Si el autor es el propio usuario. Normalmente suelen los padres los que instalan mecanismos de bloqueo como una protección extra para sus hijos y evitar las páginas web que puedan ser dañinas<sup>701</sup>.

La utilización de estos mecanismos no tiene por qué ser necesariamente negativa, pues en muchas ocasiones esta censura se utiliza para evitar el acceso a páginas de pornografía infantil o que contengan *hate speech*. La controversia reside en que a veces un gobierno se excede en su paternalismo protector y decide que es lo que un usuario debe o no debe ver, y esto no ocurre únicamente en países de tinte dictatorial, sino también en países democráticos.

Estas diferencias además se acentúan porque no todos los países tienen la misma legislación, de manera lo que puede estar censurado en un país europeo puede ser perfectamente legal en otro país del mismo entorno<sup>702</sup>.

### 8.2.2. La censura como herramienta de control político en la Red

El creciente aumento del uso de Internet para la comunicación y para la obtención de información ha provocado en los gobiernos una obsesión de regulación y control de la información en Internet. Aunque se suele poner de ejemplo a China como país representativo de controlar la información en Internet, lo cierto es que esta dinámica se puede apreciar en bastantes países.

Los Estados de carácter autoritario se dedican a bloquear y a filtrar todo contenido que se identifique con una forma de oposición política, algunas de estas

---

<sup>701</sup> Ivi, pp. 1082-1083.

<sup>702</sup> Cf. BAMBAUER, D. E., «Censorship v3.1.», en *IEEE Internet Computing* 17 (2013), p. 27.

medidas son la coacción a los dueños de las páginas web o la detención de usuarios por difundir información que vaya en contra del gobierno<sup>703</sup>.

También en los países de carácter democrático se intenta acabar con la libertad de expresión a través del acoso legal u otros procedimientos técnicos, normalmente la intensificación de la censura política se ajusta a los siguientes tres niveles<sup>704</sup>:

- Los primeros indicios de censura política y violación de los derechos fundamentales suelen aparecer en Estados en los cuales no había ningún control sobre Internet, estos indicios surgen en periodos preelectorales o electorales. La censura política suele aparecer cuando se bloquea por primera vez una página web o cuando se detiene a un usuario<sup>705</sup>.

- El segundo nivel es cuando se acelera y se institucionaliza la censura en aquellos países que ya han mostrado alguna tendencia a controlar y censurar la información, dicha tendencia incrementa a gran velocidad y se crean instituciones políticas cuyo objetivo es únicamente censurar Internet<sup>706</sup>.

---

<sup>703</sup> Cf. KELLY, S. & COOK, S., «Freedom on the Net 2011: A Global Assessment of Internet and Digital Media», en *Freedom House*, <https://freedomhouse.org/report/freedom-net/freedom-net-2011> (Consultado 02/06/2018), pp. 88-89.

<sup>704</sup> Cf. ARANDA SERNA, F. J., «La delimitación de la libertad de expresión en Internet. La confrontación...», cit. pp. 23-26.

<sup>705</sup> Cf. OATES, S., *Revolution Stalled. The Political Limits of the Internet in the Post-Soviet sphere*, New York 2013, p. 87; Un ejemplo ilustrativo fue el de Azerbaiyán durante el período electoral de 2009, en el que se bloqueó el acceso a varias páginas web que se burlaban del presidente y se detuvieron a varios activistas que difundieron por Internet videos en tono burlesco contra el gobierno. Vid. BARRY, E., «In Azerbaijan, a Donkey Suit Provokes Laughs and, Possibly, Arrests», en *The New York Times*, [http://www.nytimes.com/2009/07/15/world/asia/15azerbaijan.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2009/07/15/world/asia/15azerbaijan.html?_r=0) (Consultado 23/05/2018).

<sup>706</sup> Algunos ejemplos son Pakistán, país donde los bloqueos temporales a páginas web son corrientes, se creó en el año 2010 un Comité dependiente de varios ministerios para señalar a aquellas páginas web denominadas como “ofensivas”. También en Tailandia, país proclive al bloqueo del contenido web que difunda críticas a la monarquía ha

- El tercer y último nivel consiste en la consolidación de los aparatos de control y censura en Internet, incluso en países con sistemas de vigilancia y censura ya implementados se toman medidas para reforzar estos mecanismos<sup>707</sup>.

Muchas de estas restricciones surgen por la popularidad que han adquirido las redes sociales, a través de las mismas los usuarios comparten información sobre temas políticos y pueden difundir las noticias a millones de personas. Muchos activistas utilizan estas redes para informar de las medidas represivas de sus gobiernos, por lo que a su vez estos gobiernos se han dirigido en contra de estas redes sociales<sup>708</sup>.

Muchos gobiernos fomentan el uso de las tecnologías de la información, pero a la vez temen que Internet les suponga un perjuicio político, así se encuentran en una paradoja: los gobiernos quieren beneficiarse de la tecnología pero sin pagar los costes políticos que les puede suponer Internet.

Internet tampoco significa necesariamente que la democracia sea mejor, pero si es cierto que permite desarrollar algunas actividades que son muy útiles como el voto electrónico, reducción de burocracia, etc. Cómo reaccionan los gobiernos a estas herramientas es una buena manera de comprobar su transparencia y compromiso democrático, pues si algo resulta claro es que no se

---

aumentado en los últimos años la detención de usuarios y ha creado instituciones extrajudiciales para bloquear páginas web. Vid. ZITTRAIN, J & PALFREY, J., «Internet Filtering: The Politics and Mechanisms of Control», en *Access Denied. The Practice and Policy of Global Internet Filtering*, DEIBERT, R., PALFREY, J., ROHOZINSKI, R. & ZITTRAIN, J. (Eds.), Cambridge 2008, pp. 40.

<sup>707</sup> China es el país donde más se han cerrado páginas webs sobre asuntos políticos y sociales, y las medidas de refuerzo están enfocadas a que los usuarios no puedan eludir la censura. En otros países como Irán o Túnez se produce un aumento de la censura y detenciones durante periodos electorales o de manifestaciones populares. Vid. ZITTRAIN, J & PALFREY, J., «Internet Filtering: The Politics...», cit. pp. 34-35;

<sup>708</sup> Cf. ARANDA SERNA, F. J., «La delimitación de la libertad de expresión en Internet. La confrontación...», cit. p. 27.

puede fomentar el “gobierno electrónico” a la vez que se fomentan herramientas para censurar Internet<sup>709</sup>.

### 8.2.3. La ineficacia de la censura en Internet

En el año 2003 se publicaron unas fotos de la casa de la actriz estadounidense Barbara Streisand en una página web de prensa rosa, la actriz interpuso una demanda alegando una violación de su intimidad e intentó que dicha web retirara las fotos. Los intentos de la eliminación de las fotos provocó el efecto contrario, las fotos se publicaron en miles de páginas webs y foros por Internet.

Si la denuncia no se hubiera producido probablemente las imágenes jamás se hubieran difundido con tanta viralidad, a partir de este hecho se califica como “Efecto Streisand” al intento de censurar una imagen o un vídeo que produce el efecto contrario, es decir, se amplifica su difusión<sup>710</sup>.

Este es sólo uno de los ejemplos de cómo la censura resulta inoperante en Internet, al intentar suprimir una información por las propias características de la red se consigue el efecto contrario, se viraliza<sup>711</sup>.

Cuando la censura se desarrolla a través de un mecanismo simple y “bruto” como es el cierre total de una página web también suele producirse un efecto similar, cuando tiene lugar el cierre de una página web es bastante posible que los usuarios creen una decena en sustitución de la misma.

Sin embargo, a veces la censura es mucho más sutil, se intenta mediante acoso legal y procedimientos judiciales que se alargan en el tiempo, a veces se alegan argumentaciones de violación de la propiedad intelectual sin merecerlo, el

---

<sup>709</sup> Cf. WARF, B., «Geographies of global Internet censorship», en *GeoJournal* 76 (2011), p. 20.

<sup>710</sup> En el año 2014 tuvo lugar un suceso similar con la revista satírica “El Jueves” al retirar un número que contenía en la portada una crítica burlesca a la monarquía española, poco después millones de internautas compartían la imagen en redes sociales.

<sup>711</sup> Cf. DELGADO, A., «Nuevas (y viejas) formas de censura de la información en Internet», en *Cuadernos de Periodistas* 29 (2015), pp. 111-112.

dueño de la web puede estar litigando durante bastante tiempo antes de que su página web se vea restituida<sup>712</sup>.

El ejemplo paradigmático es China, allí es muy habitual que se censuren las noticias de los grandes medios internacionales, se suprimen mensajes y cuentas de correos electrónico, no sólo cuentan con programas automáticos sino que también hay “controladores” humanos detectando cualquier mensaje en redes sociales que posea un ápice de crítica contra el gobierno.

Se emplean muchos recursos para el control y la censura de la información, y también a difundir mensajes de apoyo y contenido favorable al gobierno chino. Y sin embargo, la censura no funciona, los ciudadanos se las arreglan para que los temas se viralicen, muchos de estos mecanismos no saben reconocer las críticas en forma de chistes o ironías<sup>713</sup>.

No obstante, los métodos de censura se han vuelto más sofisticados en los últimos años, llegando a aplicarse mecanismos verdaderamente originales como son:

- Censurar parcialmente una página web. Aunque bloquear del todo una página web suele ser el método más común, el bloqueo parcial conlleva algunas ventajas porque aunque no impide al usuario acceder a la página web es posible que no pueda ver algunos contenidos de la página, y por lo tanto la censura es indetectable.
- Censurar gradualmente. Otro mecanismo bastante sutil consiste en ir “degradando” la funcionalidad de la página web, desde cuelgues hasta cargas más lentas de imágenes, al final el usuario cansado dejará de frecuentar la web achacándolo a la mala conexión a Internet y no a la censura.
- Censura manipulada. Es la forma de censura más difícil de ejecutar pero también la más efectiva, algunos ejemplos consisten desde quitar resultados de búsqueda en los motores de búsqueda de Internet hasta comentarios

---

<sup>712</sup> Ivi, p. 113.

<sup>713</sup> Ibidem, pp. 116-117.

supuestamente “independientes” para orientar al usuario hacia una u otra postura<sup>714</sup>.

Del mismo modo los usuarios también poseen sus propios mecanismos para evitar la censura, como el uso de programas “fantasma” o la ocultación mediante *proxies* son algunos de los métodos utilizados. Entre ellos destaca el proyecto “Tor” que actúa como un programa detector de la censura a través de toda la red (por ejemplo que página ha sido bloqueada y por qué)<sup>715</sup>.

Otras de las técnicas habituales para saltarse una restricción impuesta por un gobierno es la utilización de las redes privadas (comúnmente llamadas VPN) capaces de cifrar una conexión en un servidor extranjero. Respecto a la violación de la propiedad intelectual o el *copyright* son habituales la utilización de las redes P2P, que permiten la difusión de contenidos multimedia sin tener que utilizar un servidor central<sup>716</sup>.

Con Internet se abre un nuevo interrogante sobre el delicado equilibrio entre la censura y el libre flujo de información, el futuro de la red pasa por una redefinición de la censura pues muchos de los textos constitucionales la asumen todavía con una visión histórica ya casi anacrónica.

Lo cierto es que la amenaza de censura es real en muchos países, y en un futuro se seguirá desarrollando a través de medios que todavía no son conocidos. La interpretación del avance tecnológico debe ser capaz de conjugar todos estos elementos para que la difusión de información e ideas en Internet sea verdaderamente libre y a la vez no se perjudique a ningún individuo<sup>717</sup>.

---

<sup>714</sup> Cf. BURNETT, S. & FEAMSTER, N., «Making Sense of Internet Censorship: A New Frontier for Internet Measurement», en *ACM SIGCOMM Computer Communication Review* 43 (2013), p. 85.

<sup>715</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>716</sup> Cf. DELGADO, A., «Nuevas (y viejas) formas de censura de la información...», cit. p. 118.

<sup>717</sup> Cf. GARCÍA MORALES, M. J., «La prohibición de la censura en la era...», cit. pp. 273-274.



### 8.3. EL DERECHO AL OLVIDO

Cuando un usuario sube información personal a Internet ya sea a través de comentarios o fotografías que comprometen su intimidad, suele suceder que con posterioridad el usuario desea borrarlas porque estas repercuten en su reputación social. Sin embargo, por las propias características de Internet esto suele ser difícil y el daño que se realiza en muchas ocasiones es irreparable.

Al contrario de lo que sucede con la mente humana, la memoria de Internet no se deteriora con el paso del tiempo sino que es eterna, todo lo que se vuelca en la Red queda allí reflejado para siempre. Las redes sociales y también los motores de búsqueda se configuran como un arma de doble filo, pues permiten conservar toda la información intacta pero a su vez esto puede causar perjuicios si se decide utilizar los comentarios o las fotografías con un fin maligno.

Este hecho provocó en su momento la necesidad de que los internautas tuvieran el derecho al borrado de información personal si así era su voluntad, sin embargo este derecho no cristalizaría en la legislación europea hasta el año 2014 gracias a una importante sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>718</sup>.

Internet posee dos dificultades, la primera que no se puede controlar a quien divulga la información, aunque un usuario decida compartir sus fotografías personales a familiares o a amigos es posible que cualquier persona pueda acceder a ellas a través de por ejemplo, una búsqueda de Google.

La segunda es determinar el momento de la difusión de la información, es posible que un individuo haya colgado en su juventud una fotografía comprometida en redes sociales, y que esta fotografía vuelva a surgir muchos años después al escribir su nombre en un motor de búsqueda.

Además la información no tiene por qué ser únicamente fotografías comprometidas, puede ser información de todo tipo, desde antecedentes

---

<sup>718</sup> Cf. PLATERO ALCÓN, A., «El derecho al olvido en internet. El fenómeno de los motores de búsqueda», en *Opinión Jurídica* 15 (2016), pp. 246-248.

judiciales y penales hasta una búsqueda errónea con la función de “autocompletar” de una búsqueda en Google<sup>719</sup>.

### 8.3.1. El origen del derecho al olvido

Internet suscita muchos debates en lo que se refiere a la protección de la intimidad, la vida privada y especialmente la protección de los datos personales, en lo que se refiere al derecho de borrado de datos personales en Internet su origen tuvo realmente lugar el 13 de mayo de 2014 cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictaba una sentencia capital, partiendo de una demanda presentada por la Agencia Española de Protección de Datos frente a Google, la empresa que diseñó el motor de búsqueda más famoso y utilizado en la Red.

La sentencia conocida como “Google Spain” sienta precedentes y reconoce el derecho al olvido como una facultad en sí misma con un alcance determinado para los buscadores y los proveedores de contenidos en Internet.

El origen de la sentencia tuvo lugar cuando un ciudadano español en el año 2010 reclamaba que sus datos aparecían en el famoso buscador redigiendo las búsquedas al escribir su nombre a una noticia de un periódico digital en el cual aparecían sus datos y una noticia asociada a su persona referida a un embargo por deudas a la Seguridad Social.

El caso fue dirimiéndose en tribunales de primera instancia hasta llegar a la Audiencia Nacional, la cual detectó que la legislación por aquél entonces no contemplaba dicho derecho de reclamación, hasta que el recurso llegó al Tribunal Europeo que le dio la razón a la Agencia Española de Protección de Datos.

La Agencia Española de Protección de Datos defendía el derecho a poder borrar, bloquear o suprimir la información publicada en la Red, a partir de esta sentencia se reconoce el derecho al olvido como un derecho de protección a los datos personales, aquellos ciudadanos que consideren afectada su privacidad pueden dirigirse a estos buscadores para que retiren sus datos personales<sup>720</sup>.

---

<sup>719</sup> Cf. DE TERWANGNE, C., «Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido», en *Revista de Internet, Derecho y Política* 13 (2012), pp. 56-58.

<sup>720</sup> Cf. ORDÓÑEZ SOLIS, D., «El derecho al olvido en internet y la sentencia Google Spain», en *Revista Aranzadi Unión Europea* 6 (2014), pp. 43-47.

Este reconocimiento del derecho al olvido supone un buen ejemplo de como el Derecho se adapta a las nuevas tecnologías y respeta los derechos fundamentales, el derecho al olvido en sí tampoco es algo muy novedoso, no deja de ser la traslación y la especificación de la protección de los derechos “tradicionales” de protección de datos a Internet.

El hecho de que la sentencia haya tenido lugar en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea también es de mucha ayuda para que esta adaptación se produzca a escala europea y no sólo en el ámbito nacional. El derecho al olvido se ha configurado como una oportunidad para que los tribunales europeos apliquen correctamente el derecho a la privacidad en Internet<sup>721</sup>.

### 8.3.2. Consecuencias jurídicas del derecho al olvido

Una de las principales consecuencias de la aplicación del derecho al olvido es que cualquier usuario de Internet tiene derecho a oponerse a que sus datos personales sean utilizados para una finalidad distinta a la que él dispuso, y si fuera necesario a cancelar o rectificar los mismos.

Estos derechos están regulados en España en la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal que es la que regula el tratamiento de datos personales y que sucede con esos datos posteriormente. Si esos datos resultan ser erróneos el usuario puede considerar eliminarlos si fuera necesario.

La sentencia Google ha extendido la responsabilidad del tratamiento de datos a los buscadores de Internet (que no a la actividad de los gestores o intermediarios de los sitios web) para asegurar una protección que sea eficaz. Esta responsabilidad se extiende incluso cuando los buscadores no tengan su domicilio social en España.

Algunas de las obligaciones de los buscadores incluyen la eliminación de la lista de resultados, incluso desvincular el nombre del afectado a las páginas web que aparecen. Los usuarios se pueden dirigir directamente a los buscadores de Internet para que retiren la información (Google posee a disposición de los internautas su propio formulario).

---

<sup>721</sup> Ivi, pp. 49-50.

La información que el usuario desee retirar no tiene por qué ser necesariamente ilegal, puede ser información legal pero que simplemente le perjudica o que ha perdido relevancia con el paso del tiempo y desee retirarla<sup>722</sup>.

El derecho al olvido se constituye como emblema de los gobiernos europeos para la protección de datos en la Red, con la sentencia “Google Spain” en el año 2014 se consolida como un auténtico derecho. Sin embargo, el mundo del derecho es cambiante y mutable, al igual que Internet, y los datos personales tendrán aun en el futuro numerosos conflictos que resolver.

Porque además, en estos conflictos hay numerosos intereses en juego, los beneficios económicos de las grandes compañías son tan solo una gran parte, mientras que el derecho a la intimidad y la privacidad de los usuarios es la otra gran contraposición. Los juristas especializados en nuevas tecnologías deben estar pendientes de estos intereses, pues Internet siempre va a comportar un peligro para los datos personales<sup>723</sup>.

#### 8.4. EL NUEVO PARADIGMA DE LA IDENTIDAD: EL AVATAR

Internet se presenta como un espacio abierto que permite a los usuarios interactuar en diversos contextos utilizando distintas identidades las cuáles se denominan como “virtuales”, estas identidades son múltiples y fragmentadas pues se alejan de la noción de identidad clásica basada en los presupuestos culturales de cada persona.

Esta identidad virtual se va a basar en cambio en las acciones comunicativas y la interacción social con otros usuarios de Internet, la forma de construir estas identidades dependerá del servicio de Internet, a veces será necesario instalar un programa o una aplicación, en otras ocasiones se exigirá un nombre y una contraseña, además de la configuración de un perfil.

El marco donde aparecen todas estas identidades es obviamente el ciberespacio, el universo de la comunicación donde las cosas, los objetos y las

---

<sup>722</sup> Cf. GARCÍA DE PABLOS, J. F., «El derecho al olvido en la red», en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* 36 (2014), pp. 65-66.

<sup>723</sup> Cf. PLATERO ALCÓN, A., «El derecho al olvido en internet. El fenómeno...», cit. pp. 258-259.

identidades no existen realmente, sino que son propiamente las representaciones de aquellas cosas, objetos y entidades.

El ciberespacio es un mundo donde sólo tiene relevancia lo que se dice y lo que se muestra, esto no implica que sea un mundo bueno, neutro o malo, simplemente es virtual, lo cual no quiere decir que sea falso, ilusorio o imaginario. Lo virtual no se puede entender como algo opuesto a lo real, sino como un nudo de tendencias o fuerzas que acompañan a un contexto, a un acontecimiento o a un elemento<sup>724</sup>.

El ciberespacio se configura como una suerte de escenario virtual en el que diferentes sujetos se relacionan entre sí, el reconocimiento de la identidad no va a requerir un acercamiento físico (como sucede en el mundo real), sino que va a ser suficiente con esta interacción digital<sup>725</sup>.

#### 8.4.1. La identidad digital: origen y características del avatar

El origen de la palabra avatar proviene de la religión hindú, es una manifestación polimórfica de su dios, ya que es el nombre que recibe la reencarnación de estos dioses cuando se presentan ante los hombres (ya sea en forma humana o de animal).

En la jerga cultural de Internet el avatar es una expresión que sirve para definir las posibles identidades que puede adoptar un usuario en la Red, el avatar se va a corresponder con la identificación gráfica del usuario de Internet, pues aunque los usuarios sean seres reales y palpables van a necesitar de una “virtualización” para poder interactuar en la Red.

Estos millones de avatares, nicknames, emoticonos y emojis, por mencionar algunos de los más conocidos, son la representación virtual de muchas personas

---

<sup>724</sup> Cf. LEVY, P., *¿Qué es lo virtual?*, Barcelona 1999, pp. 11-13.

<sup>725</sup> Cf. MARÍN ÁNGELES, M., «Identidades físicas y digitales en un mundo global interconectado», en *Ponencia presentada en XVI Congreso Nacional y II Internacional de Modelos de Investigación Educativa*, Alicante 2013, pp. 9; Vid. Cf. BELDA INIESTA, J. & ARANDA SERNA, F. J., «El paradigma de la identidad: hacia una regulación...», cit. p. 185.

físicas, tanto es así, que van a constituirse casi como si de una segunda personalidad se tratase<sup>726</sup>.

Aunque el concepto de avatar está ligado al mundo digital, lo cierto es que nació y se popularizó gracias al escritor estadounidense Neal Stephenson en su novela de ciencia ficción *Snow Crash*. En dicha novela el avatar es la representación virtual de las personas en el ciberespacio<sup>727</sup>.

El uso del avatar para participar en Internet se popularizó al principio con los videojuegos, más tarde fue un paso necesario para poder participar en los foros de discusión o en las redes sociales. Normalmente los usuarios utilizan su nombre real o un pseudónimo que les representa, y también escogen una imagen que va a ser su icono más representativo en la Red.

Desde los perfiles de las redes sociales hasta una simple cita en Whatsapp, los avatares van a identificar a los usuarios de Internet y van a constituir un modo de representarles en la Red. Pero el avatar no debe confundirse con una mera herramienta que es manejada por el usuario, sino que es un verdadero reflejo de su identidad real<sup>728</sup>.

Participar en el ciberespacio requiere por tanto de una representación virtual de uno mismo, esta identidad virtual o digital va a ir adquiriendo su propia configuración y características a medida que el usuario vaya interactuando en la Red. Esta representación no va únicamente a incorporar fragmentos de la identidad real como fotografías o expresiones de vivencias reales, sino que también va a incorporar sentimientos y vínculos de afección como en la vida real<sup>729</sup>.

---

<sup>726</sup> Cf. APODACA, K., *Avatar: la era de la doble personalidad*, en <http://www.operamundi-magazine.com/2013/08/avatar-la-era-de-la-doble-personalidad.html> (Consultado 25/01/2018), pp. 1-2.

<sup>727</sup> Cf. STEPHENSON, N., *Snow Crash*, Barcelona 2000, p. 3.

<sup>728</sup> Cf. WOLFENDALE, J., «My Avatar, myself: Virtual harm and attachment», en *Ethics and Information Technology* 9, (2007), pp. 111.

<sup>729</sup> Cf. BREY, A., «La sociedad de la ignorancia: Una reflexión sobre la relación del individuo con el conocimiento en el mundo hiperconectado», en *La sociedad de la ignorancia y otros ensayos*, BREY, A., INNERARITY, D. & MAYOS, G. (Eds.), Barcelona 2009, pp. 29.

La identidad virtual se configura como la primera y principal fuente de información sobre el creador, de este modo se encuentran en la red multitud de nombres, nicknames, pseudónimos, imágenes y fotografías que serán utilizados por el sujeto para compartir y difundir información.

Todos los actos que el usuario realice a través de su avatar van a constituir su reflejo de la identidad real, estos actos serán valorados por los usuarios de forma diferente, a veces de forma favorable y otras veces no. A veces incluso, la denominada “reputación social” no va a depender ni siquiera del propio usuario, sino de las referencias y comentarios que hagan otros usuarios (así se puede dar la paradoja de que una persona no participe en redes sociales pero si aparezca en comentarios y fotografías que hagan otros usuarios).

Las características del avatar están ligadas necesariamente a la capacidad del sujeto para configurarla, sea por sus conocimientos informáticos o sus aptitudes sociales para interactuar en la Red. El avatar puede establecerse de diversas formas, por ejemplo, un usuario puede tener identidades diferentes en varias redes sociales, o puede elegir por tener únicamente una sola representación digital. En cualquier caso el avatar puede configurarse con los siguientes datos:

- Datos de servicio. Normalmente constituyen el nombre y los apellidos del usuario, también el lugar de procedencia o cuáles son sus intereses. Son los datos necesarios para poder acceder a la página web.
- Datos revelados o expuestos. Son los mensajes o imágenes que voluntariamente aporta el usuario a la configuración de su perfil.
- Datos incidentales. Es la información que publican otros usuarios del propio usuario y que no puede controlar.
- Datos de comportamiento. Son los registros de las actividades en la red, suelen ser las preferencias, visitas y búsquedas que realiza el usuario.

De esta clasificación de datos se puede llegar a la deducción de que la configuración de la información del avatar no depende exclusivamente del propio usuario, sino que también participan otros factores como otros usuarios o los proveedores del servicio.

Debido precisamente a la pluralidad que existe en la actualidad de redes sociales, foros de discusión y otras páginas web, las identidades digitales se

hallan dispersas, por lo que suele ser habitual que el sujeto no se limite a una única identidad, sino que las fragmente al existir posibilidades casi ilimitadas<sup>730</sup>.

#### 8.4.2. Impacto de la identidad digital en el mundo físico

Existen numerosos aspectos de carácter social, cultural e incluso psicológico que concurren en la identidad digital, pues el avatar no puede asemejarse del todo a la identidad física. Esto es así porque el usuario normalmente busca mostrar la mejor versión de sí mismo en Internet, cuando un usuario se registra en una red social desea proyectar lo que se denomina *self-presentation*.

La *self-presentation* es la proyección que el sujeto quiere presentar a los demás usuarios, como desea que estos le perciban, sin embargo también es el mundo físico el que puede determinar cómo es un sujeto en Internet, digamos que la influencia de Internet y el mundo físico es multidireccional.

Actualmente los usuarios pueden adoptar diversas formas de interacción en Internet, las redes sociales son las formas más utilizadas sin duda pero no son las únicas. Así en redes sociales como Facebook o Twitter los usuarios establecerán interacciones sociales o vínculos familiares y de amistad, mientras que en otras redes como LinkedIn las interacciones serán de tipo profesional<sup>731</sup>.

Que el usuario pueda ver y ser visto es uno de los ejes fundamentales del proceso de la construcción de la identidad, porque de este modo los usuarios pueden reconocerse entre sí a través de las interacciones sociales, algunos factores como la proximidad geográfica o las diferencias culturales pueden ser completamente irrelevantes.

La visibilidad y la reputación online es también muy importante para la determinación de la identidad, no produce las mismas consecuencias la declaración realizada por un usuario que es poco relevante en la Red que por otro

---

<sup>730</sup> Cf. SCHNEIDER, B., *A Revised Taxonomy of Social Networking Data*, en [https://www.schneier.com/blog/archives/2010/08/a\\_taxonomy\\_of\\_s\\_1.html](https://www.schneier.com/blog/archives/2010/08/a_taxonomy_of_s_1.html) (Consultado 08/02/2018).

<sup>731</sup> Cf. RHEINGOLD, H., *La comunidad virtual: una sociedad sin fronteras*, Barcelona 1996, p. 5.



que tiene mucha notoriedad. Sus mensajes se difundirán más velozmente y alcanzarán un mayor número de usuarios<sup>732</sup>.

#### 8.4.3. La usurpación de la identidad digital

El robo de la identidad digital es uno de los delitos que más ha aumentado en Internet en la actualidad, muchos usuarios en redes sociales se ven afectados por este tipo delictivo. La usurpación de la identidad suele tener una única finalidad, que es la del robo de información personal para realizar un perjuicio a un usuario.

No obstante, es necesario realizar una distinción, no es lo mismo robar la identidad de un usuario que la impersonalización, que es cuando alguien se hace pasar por otra persona, si bien es cierto que la impersonalización suele suceder cuando se realiza un robo de identidad (el caso más habitual es cuando un usuario configura una cuenta falsa en redes sociales haciéndose pasar por un famoso)<sup>733</sup>.

El robo de identidad o la apropiación ilegal de identidad es un fenómeno que afecta de manera inmediata a quienes lo padecen, aunque a veces las consecuencias no se manifiestan hasta que pasa un largo plazo de tiempo. Las actividades delictivas que más asociadas están a esta conducta suelen ser los fraudes económicos o la apropiación de información personal sensible.

Algunos de los métodos más utilizados son el *phising*, que consiste en una estafa simulando un email de una entidad bancaria para la obtención de datos o los “muleros” informáticos que ofrecen ofertas de empleo a través de Internet con características muy ventajosas con el fin de apropiarse de una contraseña.

También es posible apropiarse de la identidad con otros métodos algo más directos a través de la introducción de virus informáticos o programas capaces de sustraer la información. Estas conductas delictivas no sólo afectan al usuario

---

<sup>732</sup> Cf. ACED, C., ARQUÉS, N., BENÍTEZ, M., LLODRÀ, B., & SANAGUSTÍN, E. *Visibilidad: cómo gestionar la reputación en Internet*, Barcelona 2009, pp. 65-66.

<sup>733</sup> Cf. BORGHELLO, C. & TEMPERINI, M. G. I., «Suplantación de Identidad Digital como delito informático en Argentina», en *JAIIO* 41 (2012), pp. 79-81.

medio de Internet sino que también afectan a las grandes empresas y sufren grandes pérdidas económicas debido a ello<sup>734</sup>.

Al margen de los perjuicios económicos existen otros daños que los usuarios pueden sufrir por el robo de la identidad, uno de esos daños es la injuria y las calumnias que se desarrolla a través de la creación de perfiles falsos y que dañan la reputación social del usuario<sup>735</sup>.

Estas actividades delictivas se cometen debido a la gran facilidad que existe para la captación de datos personales, a esto hay que sumarle la falta de seguridad y la falta de educación de los usuarios respecto al uso de las redes sociales o el Smartphone.

La legislación debería centrar su atención en los usuarios y equiparar la identidad digital como si un bien jurídico protegido se tratase destinando recursos para poder perseguir estos delitos en la red y también concienciar a los usuarios para que mejoren sus hábitos de seguridad<sup>736</sup>.

## 8.5. DELIMITACIÓN JURÍDICA DE LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Internet no deja de ser un elemento más de la sociedad de la información, dentro del mundo digital se desarrollan y ejecutan multitud de aplicaciones que permiten el intercambio de información y de la comunicación. Las posibilidades que se ofrecen son muchas y diversas como la navegación a través de páginas web, el uso del correo electrónico, los foros de discusión o la participación en redes sociales.

Uno de los problemas más frecuentes en la Red cuando se sube contenido ilegal que vulnere algún derecho o que constituya algún delito es la determinación del responsable de dicho contenido. Obviamente el primer

---

<sup>734</sup> COLECTIVO ARCIÓN, «La suplantación de identidad de tipo físico, informático y de telecomunicaciones como nueva manifestación de las conductas antisociales», en *Visión Criminológica-criminalística* 1 (2013), pp. 7-8

<sup>735</sup> Cf. BORGHELLO, C. & TEMPERINI, M. G. I., «Suplantación de Identidad Digital...», cit. p. 83.

<sup>736</sup> *Ibidem*, p. 92.

responsable es el autor de verter dicho contenido, sin embargo, esta cuota de responsabilidad no finaliza pues Internet no se acaba con los usuarios, los prestadores que ofrecen y suministran servicios de Internet, aquellos que prestan servicios en redes sociales, organización de subastas, alojan páginas web y blogs son un parte fundamental del conflicto<sup>737</sup>.

Por tanto la atribución de responsabilidad de contenidos no se aplica exclusivamente al autor de la información, sino también a aquel que le ha otorgado los medios para hacerlo. Este conflicto no es exclusivo de Internet, pero si es peculiar como se atribuye la responsabilidad.

Pues en otros medios tradicionales, como el teléfono donde sería absurdo atribuir cualquier responsabilidad al proveedor del servicio o un director de un periódico el cual si es responsable del perjuicio que pueda causar lo escrito en él (aunque sea por otro periodista). La peculiaridad de Internet es que no cabe una atribución inmediata al intermediario, sino que cada caso debe ser estudiado con precisión<sup>738</sup>.

### 8.5.1. ¿Cuál es la cuota de responsabilidad de los prestadores de servicios?

La responsabilidad del intermediario no puede atribuirse inmediatamente, en primer lugar depende del servicio que ofrezca a los usuarios (pues existen algunas modalidades que se hallan eximidas de responsabilidad y se verán a continuación), y en segundo lugar para que exista responsabilidad debe haber conocimiento efectivo del contenido delictivo y que el prestador verdaderamente tenga control sobre el mismo.

A nivel europeo es la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo la que establece en sus artículo 14 y 15 que los prestadores de servicios no serán responsables de un contenido que vulnere derechos si no ha existido previamente conocimiento efectivo de que dicha información era ilegal.

El control que se impone sobre el contenido no es una obligación de eliminarlo sino de concretar si es ilícita o no, también hay otras cuestiones que

---

<sup>737</sup> Cf. DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho Privado de Internet*, Madrid 2015, pp. 219-222.

<sup>738</sup> Cf. FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L., «La Regulación de la Libertad de Expresión en Internet...», cit. pp. 148-150.

plantean conflictos cuando el usuario desarrolla las actividades ilícitas por medio del anonimato.

En cuanto al ordenamiento jurídico español, la Ley 34/2002, de 11 de julio, establece en el artículo 16 que efectivamente se incurre en responsabilidad si existe conocimiento efectivo, y si teniendo conocimiento no se actuase con diligencia para informar a las autoridades<sup>739</sup>.

En cuanto al conocimiento efectivo y la debida diligencia, es necesario aclarar que no hay que confundir la figura del administrador web o moderador con la del prestador del servicio, en ocasiones ambas figuras pueden converger, pero en otras ocasiones se van a diferenciar claramente.

La Ley 34/2002 establece que el conocimiento efectivo tiene lugar cuando se declare la ilicitud de los contenidos, cuando una autoridad judicial u órgano competente ordene la retirada de dichos contenidos y cuando así venga establecido en una norma jurídica. Por tanto, habrán casos en los cuales la responsabilidad del proveedor se pueda determinar fácilmente, por ejemplo si tanto él como el autor del contenido actúan conjuntamente o si pese a la orden de retirada del contenido este persiste en la web<sup>740</sup>.

También es relevante lo señalado por la Directiva europea por la cual se contempla que algunos servicios están excluidos de responsabilidad (con alguna salvedad) y se les da un régimen privilegiado por sus propias características. Por lo que al margen de lo que realicen los usuarios, los proveedores nunca serán responsables del contenido vertido. Estos servicios son:

- Servicios de transmisión y acceso. Recogidos en el artículo 12 de la Directiva, consiste en la transmisión en una red de comunicaciones o facilitar el acceso a una red de comunicaciones, estos servicios conlleva la realización de copias técnicas que son efímeras y el almacenamiento automático y provisional de los datos transmitidos. El prestador nunca será responsable, siempre y cuando él no sea el propio autor de los contenidos,

---

<sup>739</sup> Cf. SANJURJO REBOLLO, B., *Manual de Internet y de Redes Sociales*, Madrid 2015, pp. 114-118.

<sup>740</sup> *Ibidem*, pp. 70-73.

ni que seleccione al destinatario de la transmisión, ni que esta sufra alguna modificación.

- Servicios de copia temporal o *caching*. Recogido en el artículo 13 de la Directiva, consiste en la transmisión y comunicación de datos, de modo que estos se almacenan de forma automática y temporal para que la transmisión posterior por los usuarios sea más eficaz. Algunos servicios característicos son el denominado *proxy caching* para agilizar el tráfico de Internet, y como es habitual, el prestador del servicio nunca será responsable salvo que modifique la información contenida o interfiera de algún modo ilícito con la utilización de los datos.

- Servicios de alojamiento de datos. Es sin duda el servicio más relevante y el que más conflictos genera, consiste en almacenamiento de datos de modo que funciona como una especie de plataforma digital que almacena todo lo que vierten los usuarios, algunos ejemplos relevantes son los vídeos almacenados en YouTube o los mensajes contenidos en Facebook. Si el prestador tiene conocimiento efectivo de la información ilícita si será responsable de la misma.

Estos servicios de carácter intermediario están eximidos de una obligación de supervisión del contenido, pues si no fuera así sería técnicamente imposible establecer unas garantías mínimas del funcionamiento del servicio, al ser en la mayoría de casos servicios técnicos automáticos y pasivos.

Al ser establecido por una Directiva Europea esta prohibición de supervisión alcanza al ámbito jurídico español, lo cual no quiere decir que dichos prestadores no posean un deber de colaboración con las autoridades públicas en el caso de detección de contenido ilegal<sup>741</sup>.

### 8.5.2. La neutralidad en Internet

Internet no es ni mucho menos un medio que esté completamente definido y acabado, sino todo lo contrario, se halla en constante evolución y pese a que

---

<sup>741</sup> Cf. GARCÍA MIRETE, C. M. (Coord.), *Derecho TIC. Derecho de las tecnologías de la información y de la...*, cit. pp. 71-74.

algunas de sus bases son esenciales y no sufren alteración alguna, la mayoría de sus elementos se encuentran en constante cambio.

Uno de estos principios que pertenece al de los “inalterables” es la neutralidad en la Red, el cual hace referencia a la no discriminación que deben desarrollar los proveedores de acceso a Internet para no dar un trato privilegiado a algunos usuarios o empresas que se dediquen a proveer de contenido digital.

El origen de esta neutralidad tuvo lugar en Estados Unidos cuando se eliminó definitivamente la brecha que suponía el monopolio del Estado respecto a la oferta de televisión por cable y telefonía, permitiendo el acceso al mercado a otros operadores privados<sup>742</sup>.

Con el paso del tiempo los usuarios de Internet empezaron a exigir mayor contenido, las infraestructuras evolucionaron y se hicieron más grandes, surgieron las grandes compañías tanto en Estados Unidos como en Europa, la Red se modernizó con una transición de lo analógico a la banda ancha y a su vez esta modernización consiguió establecer una eficaz competencia entre ellas.

Algunas de las pautas que debe seguir esta neutralidad son la igualdad, la no-discriminación, que no existan restricciones o interferencias independientemente del remitente, destinatario o contenido. Los proveedores de Internet deben cohibirse respecto a la restricción del tráfico en Internet, con las siguientes excepciones:

- Que exista una orden judicial que implique una restricción del acceso a Internet.
- Por motivos de seguridad o integridad del servicio.
- Si el usuario que consume el servicio pide expresamente el cese del acceso a la Red<sup>743</sup>.

---

<sup>742</sup> Cf. RODRÍGUEZ GARCÍA, L. F., «Políticas de la “Federal Communications Commission” en materia de neutralidad de la red», en *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, COTINO HUESO, L. (Ed.), Valencia 2011, pp. 106-108.

<sup>743</sup> Cf. BELLI, L. & VAN BERGEN, M., «A Discourse-Principle Approach to Network Neutrality: a Model Framework and its Application», en *The Value of Network Neutrality for*

Este principio de neutralidad está generando gran controversia en la actualidad, pues a pesar de su carácter inalterable, en los últimos años esta neutralidad está siendo “edulcorada”, al establecerse que los prestadores podrán tener cierta libertad para optimizar los servicios y atender a las necesidades de los contenidos, aplicaciones o servicios según el ajuste de calidad necesario.

Esto tiene una serie de implicaciones, la más relevante es que se podría dar un trato privilegiado a cierto sector de Internet en lo que respecta a la calidad del acceso a Internet, y en muchas ocasiones esto responde a intereses económicos por lo que no se aplicaría el criterio de neutralidad<sup>744</sup>.

### 8.5.3. Sistemas de participación y moderación en Internet

Los medios tradicionales poseen una estructura perfectamente definida, son jerárquicos y unidireccionales, tanto en la prensa como en la televisión la figura del “director” decide unilateralmente cuáles deben ser los contenidos mientras que el lector o el espectador se arroga simplemente de un papel pasivo.

En Internet, sin embargo, el papel del internauta es también activo y puede interactuar con la información en varios niveles. Respecto a la actividad que puede realizar un medio de comunicación, realmente no es muy novedoso, pues simplemente consistirá en la traslación de los contenidos del papel a lo digital.

Lo que si resulta una novedad es cuando se le otorga al usuario de un papel más relevante, en el cual este pueda dialogar y debatir los contenidos, por

---

*the Internet of Tomorrow*, BELLI, L. & SCHAAKE, M. (Eds.), 2013, en <http://www.networkneutrality.info/sources.html> (Consultado 15/11/2017), pp. 103-105.

<sup>744</sup> Cf. GARCÍA MIRETE, C. M. (Coord.), *Derecho TIC. Derecho de las tecnologías de la información y de la...*, cit. pp. 78-81. Vid. 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) no 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión (Texto pertinente a efectos del EEE).

ejemplo en las redes sociales un internauta podrá hablar directamente con un periodista u otro personaje de relevancia<sup>745</sup>.

Cuando se da esta posibilidad de participación a los usuarios, los medios de comunicación o los propios administradores web reflexionan sobre el sistema de moderación, pues la página web va a verse afectada necesariamente por los comentarios de los usuarios.

Normalmente el primer requisito suele ser la imposición de un registro previo de los usuarios para poder establecer un “censo” de los mismos, del mismo modo acceder a información para identificar al usuario como la edad o sus intereses. También se le puede dar la posibilidad de que interactúe de forma anónima<sup>746</sup>.

De todos los sistemas de moderación que se pueden establecer en una página web para el control de comentarios de los usuarios, estos son los más utilizados:

- Con censura previa. En este sistema existe una figura establecida que es la del moderador, cuyo deber es revisar toda la información y los mensajes expresados por los usuarios para decidir si son adecuados o no para su posterior publicación. Algunas ventajas de este sistema es la ausencia de expresiones o mensajes indeseados como los insultos y las injurias o aquellos que puedan tener alguna consecuencia penal como la publicación de imágenes de una tercera persona. Sin embargo, este sistema es muy complicado de aplicar si la página web posee un flujo de mensajes alto y constante, por lo que en dicho caso es muy costoso aplicarlo. También se puede optar por añadir una serie de palabras clave que provoquen que el mensaje del usuario no se publique, aunque los usuarios hábiles suelen evitar las restricciones con facilidad.

---

<sup>745</sup> Cf. LÓPEZ, G., «La relación de los periodistas con los lectores. Gestión de la participación del público, sistemas de moderación y modelos de espacio público», en *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, COTINO HUESO, L. (Ed.), Valencia 2011, pp. 119-122.

<sup>746</sup> Cf. RHEINGOLD, H., *La comunidad virtual: una sociedad sin...*, cit. p. 5.



- Sin censura previa. Este sistema se caracteriza por la libertad de publicación que poseen los usuarios (lo cual no implica que los mensajes no puedan revisarse una vez publicados). Las ventajas de este sistema suponen un aumento del tráfico de mensajes pero las desventajas es que este tráfico es más descontrolado y provoca que aparezcan mensajes insultantes o con spam<sup>747</sup>.

- Censura gestionada por los propios usuarios. Este sistema consiste en la gestión de la moderación por los propios usuarios de la página web, normalmente funciona con un mecanismo de valoración por el cual los usuarios resaltan los mensajes que son valorados de forma positiva y los mensajes que son valorados de forma negativa pueden ser eliminados. Las ventajas de este sistema es que es bastante efectivo frente a los mensajes con insultos o con spam, pues este tipo de mensajes suelen ser bastante perseguidos por los usuarios, además de que ahorra en costes al administrador de la web. La desventaja es que es probable que cuando se produzca un debate se privilegie la opinión mayoritaria y que la opinión de la minoría de los usuarios quede discriminada por este sistema de moderación<sup>748</sup>.

Es obvio que estos nuevos medios para la libertad de expresión suponen un cambio que se traduce en la pérdida de control, en los medios tradicionales el contenido era emitido a los usuarios de forma pasiva pero actualmente el contenido interactúa tanto con los usuarios como con el propio medio.

La gestión por parte de los propios usuarios solventa de manera eficaz el problema de la censura extrema o de la ausencia total de la misma, sin embargo, esta gestión puede originar otro tipo de problemas. La espiral del silencio, una

---

<sup>747</sup> El spam es un mensaje no solicitado que hace publicidad de un servicio o producto; la versión electrónica del "correo basura". Tradicionalmente, los ataques de los remitentes de spam se dirigen a cuentas de correo electrónico, pero ahora también es posible encontrar spam en blogs, mensajes instantáneos, sitios de redes sociales como Facebook y teléfonos móviles. Los remitentes de spam se hacen pasar por empresas, amigos o familiares.

<sup>748</sup> Cf. ARANDA SERNA, F. J., «La delimitación de la libertad de expresión en Internet. La confrontación...», cit. pp. 17-19.

teoría concebida por la politóloga alemana Elisabeth Noelle-Neumman, establece que una persona tiene menos posibilidades de dar su opinión si siente que se encuentra en desventaja frente a una opinión mayoritaria.

Con la aparición de Internet, y con ello un mundo que no entiende de leyes y fronteras, se entendería que esta teoría no fructificase, ya que en un mundo tan inmenso como es el digital, se tiene más o menos la certeza de que en algún lugar los gustos de una persona coincidirán con los intereses de otro<sup>749</sup>.

Pese a que esta pudiera parecer la realidad, lo cierto es que la Red no es tan flexible como se piensa, si se pone de ejemplo a las redes sociales, es decir, un medio donde supuestamente la opinión de cada usuario se constituye casi como una institución propia a la espontaneidad, lo cierto es que en las redes existe cierta profesionalización en la cual las empresas, los partidos políticos y otras organizaciones luchan por hacer llegar su mensaje.

En esta realidad, el usuario de las redes sociales va desarrollando nuevos filtros acorde a los mensajes que va recibiendo, los mensajes se etiquetan según las directrices del medio, por lo que será muy importante a quien se tenga agregado como amigo en Facebook, a quien se siga en Twitter, etc. Esto además se acentúa por el hecho de que el usuario sólo va a interactuar con aquel que comparta sus intereses.

Se crea una especie de regla no escrita en la cual todos los usuarios se apuntan al mensaje predominante, si no les puede suponer un obstáculo importante para su actividad social. Además, las etiquetas que un usuario reciba pueden suponer un lastre en el futuro para relacionarse con otros grupos distintos, de modo que su actividad le deja “preso” en un espacio en el que él mismo se ha ubicado<sup>750</sup>.

---

<sup>749</sup> Cf. NOELLE-NEUMANN, E., «La espiral del silencio. La opinión pública y los efectos de los medios de comunicación», en *Comunicación y sociedad* VI 1-2 (1993), pp. 10-12.

<sup>750</sup> Cf. LÓPEZ-BONAFONT, G., «La espiral del silencio, los movimientos sociales y la web 2.0», en *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, COTINO HUESO, L. (Ed.), Valencia 2011, pp. 222-225.

## 8.6. HACIA UNA MEJOR REGULACIÓN JURÍDICA DE INTERNET: LA NECESIDAD DE UN ORDENAMIENTO JURÍDICO VIRTUAL

Las interacciones sociales que se realizan en Internet son casi tan importantes como las que se realizan en la vida real, pues muchas tienen una connotación positiva como las relaciones de amistad o de amor, y otras negativas como la desafección o el odio.

Estas interacciones están sujetas a una serie de parámetros y valores que no han aparecido de la nada, sino que se trasladan de las vivencias del mundo físico al mundo digital. Por lo que actualmente apenas existe una distinción clara entre la vida digital y la vida física.

Las líneas que separan el mundo digital del real son algo difusas, pues las interacciones que experimentan las personas en la Red difícilmente pueden separarse de sus actividades cotidianas, la persona se comunica a través del Smartphone, de los chats de Internet, de los videojuegos, etc. El mundo digital confluye con el real de modo que se constituye una única faceta social del sujeto<sup>751</sup>.

En ocasiones la Red se desarrolla por un camino diferente al de las leyes, las legislaciones de los países son cada vez más conscientes de que el uso de Internet tiene un gran valor económico pero a la vez presenta de una gran complejidad jurídica. La falta de acuerdo a nivel internacional para definir los delitos digitales y las conductas delictivas, o a veces simplemente el desconocimiento técnico para abordar algunas cuestiones, supone un obstáculo para conseguir una mejor regulación de la Red.

Normalmente las soluciones que surgen a nivel nacional son insuficientes porque los problemas de Internet suelen estar afectos a escala internacional, si se quisiera establecer un régimen único que tratase los problemas que se derivan de

---

<sup>751</sup> Cf. BELDA INIESTA, J. & ARANDA SERNA, F. J., «El paradigma de la identidad: hacia una regulación...», cit. p. 200.

la utilización de la Red habría, en primer lugar, que armonizar el desarrollo tecnológico que existe en los diferentes países de la comunidad internacional<sup>752</sup>.

Es obvio que ya existe una regulación jurídica de la Red, pero no profundiza lo suficiente para lograr un acuerdo conjunto que involucre a toda la comunidad internacional, de hecho muchos conflictos jurídicos que tienen lugar en la Red (como las redes sociales o foros de discusión) se tratan a través de la autorregulación de la que se dotan los propios usuarios.

La autorregulación implica un código de conducta que el propio proveedor de acceso o moderador web estipula y que debe ser cumplido por el usuario. En Internet, dicha autorregulación ha probado ser más efectiva que el propio control que hace el Estado a través de la legislación.

Obviamente estos códigos de conducta deben ser flexibles y atenerse a los organismos estatales para su efectiva ejecución, de este modo un usuario podría incluso denunciar y notificar un contenido, que a su juicio sea ilegal, al propio proveedor del servicio. Sin embargo, la responsabilidad de perseguir dicha ilegalidad seguiría perteneciendo, como es lógico, al Estado.

Uno de los debates más complejos sería la posibilidad de que esta legislación única virtual tendiera a censurar los contenidos de Internet reduciendo su funcionalidad, tampoco sería adecuado la creación de un hipotético órgano internacional que obligara a las legislaciones estatales a reducir el acceso y la transmisión que caracteriza a la Red<sup>753</sup>.

No obstante, desde la Unión Europea se están dando algunas claves para la configuración de un buen uso de Internet, este plan de acción se basa en el fomento de una utilización responsable de Internet mediante la educación de los menores de edad y también a través de medios informáticos que faciliten al

---

<sup>752</sup> Actualmente España tiene un servicio de acceso a Internet muy extendido con expectativas de crecimiento muy altas. Vid. TREJO GARCÍA, E., *Regulación jurídica de Internet...*, cit., p. 53.

<sup>753</sup> Cf. DUNN, J., «Virtual Worlds and moral evaluation», en *Ethics and Information Technology* 14 (2012), pp. 264-265.

usuario el control de la información, y también que se facilite a los usuarios herramientas para poder denunciar en caso de que se vean perjudicados<sup>754</sup>.

Sería un avance muy importante que un usuario de Internet pudiera decidir a qué información desea acceder y a cual no, si se trata de un menor de edad, serán los padres los que desempeñen un papel crucial porque serán ellos los que decidirán a qué clase de información va a acceder. Para ello se podrían desarrollar distintos mecanismos:

- Señalar las páginas webs como si fuese un producto comercial, de este modo no sería necesario acceder a la web para saber que contenido ofrece.
- Establecer una calificación del contenido de la web en base a unos parámetros que los clasifique por distintos valores.
- La posibilidad de filtrar los contenidos por el usuario, es un buen complemento si el usuario no puede evitar la información a la cual no desea acceder<sup>755</sup>.

La concienciación del usuario debe ser una labor conjunta en la que participen tanto las autoridades estatales como los propios usuarios, con el fin de que se dé a conocer, bien a través de campañas de información u otros medios, las técnicas adecuadas para evitar estos contenidos ilícitos y nocivos. En este sentido, son de mucha utilidad aquellos programas informáticos que de forma predeterminada detectan los contenidos que podrían resultar nocivos para los menores de edad.

Otro de los problemas a los que se enfrentaría este ordenamiento jurídico virtual sería la correcta implementación de las diferencias culturales que existen entre los países, pues el abordaje que aplican es radicalmente diferente entre algunos de ellos, por ejemplo en lo que respecta a los derechos fundamentales y la libertad de expresión, en los países europeos no se tolera una apología del odio nacional, racial o religioso, particularmente el antisemitismo, la propaganda nazi o la negación del holocausto y otras formas de extrema derecha.

---

<sup>754</sup> Cf. Cf. KLINK, T., «La actual posición del Tribunal Supremo alemán ante...», cit. pp. 94-96.

<sup>755</sup> Cf. ARANDA SERNA, F. J., «La delimitación de la libertad de expresión en Internet. La confrontación...», cit. pp. 20-21.

Sin embargo, este concepto respecto al derecho fundamental de la libertad de expresión se conjuga de forma diferente en Estados Unidos, donde dichas formas de expresión si están permitidas (al menos parcialmente)<sup>756</sup>.

También existen diferentes estándares en relación con las críticas públicas hacia los políticos o las instituciones religiosas, lo que para unos se considera libertad artística puede considerarse una blasfemia para otros<sup>757</sup>.

Internet se conforma como una realidad compleja que no puede permanecer separada y apartada de la realidad social ni del mundo físico, a veces será suficiente con la mera aplicación de las leyes nacionales, otras veces será necesario llegar a un pacto internacional para abordar algún conflicto que surja en la Red.

Así, aunque en la mayoría de los conflictos el derecho no será desconocido, es cierto que hay otros conflictos que se resisten a las legislaciones actuales. Esto no quiere decir que el ordenamiento jurídico actual sea completamente ineficaz e

---

<sup>756</sup> Así, por ejemplo, la condena en 2006 a tres años de prisión al autor británico David Irving por negación del holocausto, ha sido criticada en Estados Unidos incluso por autores judíos como una violación de lo que ellos entienden por libertad de expresión. Estas distinciones que a veces son sutiles, se ilustran por ejemplo en el caso de "Jersilk vs. Dinamarca" ante la Corte Europea de los Derechos Humanos, donde la Corte encontró que la condena al periodista que había difundido una entrevista a jóvenes que hacían declaraciones racistas constituía una violación de la libertad de información contenida en el Artículo 10 de la Carta de Europea de Derechos Humanos, mientras que los que hicieron las declaraciones no estaban protegidos por dicho artículo. Vid. BENEDEK, W., «Freedom of Expression and Freedom of the Media», en *Understanding Human Rights. Manual of Human Rights Education*, BENEDEK, W. (Ed.), Berlin 2012, pp. 390-392.

<sup>757</sup> Las caricaturas del profeta Mahoma que se publicaron primero en un diario danés en 2005 y que se reeditaron después en una serie de países occidentales, provocaron reacciones violentas en varios países islámicos y el boicot de productos daneses que forzaron al gobierno danés a disculparse. Este suceso abrió un amplio debate mundial sobre los límites de la libertad de expresión en relación con los sentimientos religiosos, debate que es relevante no sólo a nivel nacional sino en su aspecto de dimensión global. Vid. CRAM, I., «The Danish Cartoons, Offensive Expression, and Democratic Legitimacy», en *Extreme Speech and Democracy*, HARE, I., & WEINSTEIN, J. (Eds.), New York 2009, pp. 313-318.

inservible, pero si es cierto que para seguir avanzando en la buena dirección en cuanto a la regulación de Internet es necesario aceptarlo como parte de la realidad social actual, de modo que la legislación se adapte correctamente y ofrezca soluciones efectivas a los conflictos digitales que se puedan producir<sup>758</sup>.

---

<sup>758</sup> Cf. BELDA INIESTA, J. & ARANDA SERNA, F. J., «El paradigma de la identidad: hacia una regulación...», cit. pp. 201-202.





# **CAPÍTULO IX - CONCLUSIONES**



## CAPÍTULO IX - CONCLUSIONES

Para construir un marco teórico general que explique la estabilidad y el cambio que se produce en el Derecho, se requiere la utilización de la perspectiva de la historia del Derecho y del Derecho comparado, un análisis general de la sociedad, y un conocimiento detallado sobre la naturaleza y el progreso de las normas jurídicas.

Durante el siglo XIX se desarrollaron una serie de teorías para explicar los cambios jurídicos no solo en términos históricos, sino también conforme a ciertas etapas predeterminadas. El interés por las teorías de la evolución del Derecho resurgió en el siglo XX y sigue en nuestros días haciendo uso de áreas de conocimiento ajenas al Derecho.

La aproximación social a la evolución del Derecho se caracteriza por la afirmación de que el Derecho no es un sistema autónomo, sino que es parte integral de la vida social de una comunidad, de esta forma, al evolucionar la propia sociedad, su lengua, su cultura, sus sistemas políticos y su estructura económica, el Derecho también evoluciona.

Los evolucionistas sociales realizaron una gran contribución a la jurisprudencia al proponer una alternativa a la concepción positivista del Derecho como un artificio creado por la voluntad de los gobernantes. Al centrar la atención en los factores culturales y sociales sentaron las bases de la jurisprudencia sociológica y antropológica moderna.

El pensamiento jurídico ortodoxo en Estados Unidos heredó el concepto social de la evolución del Derecho para transformarlo en lo que se denominó aproximación "doctrinal", que afirma que la evolución tiene lugar no solo a nivel de las sociedades, sino también al nivel mucho más detallado de las declaraciones específicas de los principios y reglas jurídicas que los juristas denominan como doctrinas jurídicas.

La aproximación económica a la evolución del Derecho, aplica desde un punto de vista metodológico todo el aparato conceptual y los métodos empíricos

de la economía al estudio del Derecho. Aunque se reconoce que la aproximación económica al Derecho como campo de investigación independiente es el resultado de estudios llevados a cabo en los Estados Unidos, singularmente en la Escuela de Chicago, la mayoría de los precursores se encuentran en Europa, incluyendo los trabajos de Adam Smith sobre los efectos económicos de la legislación.

La aproximación económica descansa en la asunción estándar de la economía de que los individuos son "maximizadores" racionales, y estudia el papel del Derecho como medio para cambiar los costes relativos unidos a las acciones alternativas individuales. Bajo este enfoque, un cambio en el estado de Derecho afectará al comportamiento humano al alterar la estructura relativa de costes, y por tanto la restricción, del problema de la optimización. La maximización del bienestar, al servir como un paradigma del análisis del Derecho, puede promover o constreñir las normas jurídicas.

Aunque la perspectiva económica podría resultar crucial para un análisis positivo de la eficacia de normas jurídicas alternativas y para el estudio de los efectos de estas normas sobre la distribución de la riqueza y los ingresos, en general los economistas reconocen los límites de su tarea a la hora de proporcionar prescripciones normativas para un cambio social o una reforma jurídica.

En el Derecho consuetudinario, los cambios jurídicos realizados por los jueces son subproductos no intencionados de la administración ordinaria de la justicia por los tribunales, y para que sean vinculantes para toda la jurisdicción tienen que diseminarse primero a través del sistema jerárquico de tribunales.

Sin embargo, las innovaciones del Derecho estatutario son el resultado de un proceso colectivo de solución de problemas y, una vez que han sido aprobadas mediante leyes, son vinculantes inmediatamente para toda la jurisdicción. Las teorías políticas sobre la evolución del Derecho como un proceso de innovación derivan de dos enfoques principales: el enfoque de la elección pública a la política, y el enfoque evolutivo-cognitivo de la elaboración de las políticas.

Las teorías que aplican las conclusiones de la sociobiología al Derecho, entienden la evolución del mismo, no como una mera metáfora de la dinámica interna del sistema jurídico, sino que sus miembros creen que la evolución es el proceso causal que justifica la existencia del Derecho, y en cierta medida, de la

forma y el contenido del Derecho. Las teorías sociobiológicas se distinguen no por afirmar que el Derecho evoluciona, sino que reivindican que el Derecho ha evolucionado, es decir, que el Derecho es en sí mismo un producto de la evolución.

Las teorías evolutivas del Derecho no se aplican a una ley concreta, ni a una decisión judicial determinada, ni de forma más generalizada a una única norma jurídica, sino que en general lo que se encuentra bajo el foco de la aproximación evolutiva son los “conceptos jurídicos”. Estas teorías centran su atención exclusivamente en la explicación de los mecanismos que subyacen en los cambios y las continuidades de un cierto sistema jurídico (o parte de él), pero esta aproximación no explica de forma explícita los puntos de llegada a los que estaría obligado a dirigirse ese sistema o parte de él.

En las últimas décadas ha resurgido la aplicación de los análisis evolutivos a los objetos culturales, revitalizado su utilización en el Derecho y realizando afirmaciones explícitas basadas en la “memética” y en las teorías complejas de la evolución.

La “memética” sostiene que las formas culturales se desarrollan de acuerdo con una lógica de la evolución acumulativa, a través de la cual los cambios graduales o menores se producen en el tiempo en una forma que refleja las presiones ambientales selectivas.

Las aproximaciones evolutivas contemporáneas al comportamiento humano dentro de la denominada psicología evolutiva, proponen que los seres humanos están dotados con alguna clase de conocimiento jurídico innato, que nos lleva a esperar ciertas similitudes entre los sistemas jurídicos, aunque estos momentos sus propuestas son mayormente de naturaleza conceptual y teórica.

Lo cual conduce al concepto de “trasplante jurídico” o “trasplante legal”, que se interpreta como el fenómeno de trasladar una norma de un país a otro, o de un pueblo a otro siendo una de las maneras más frecuentes de cambio jurídico. Existen una serie de factores que conforman las fuerzas internas de los sistemas jurídicos, y se producirá un cambio jurídico cuando la fuerza de los factores que apoyan el cambio sea mayor que la fuerza de los factores que se oponen al mismo, estando la naturaleza del cambio determinada por el balance y el peso relativo de estos factores.

Para esta corriente, el Derecho es en su mayor parte autónomo y se desarrolla mediante trasplantes, no porque algunas normas sean la consecuencia inevitable de la estructura social, sino porque los que controlan el poder legislativo son conscientes de la norma jurídica ajena y reconocen los beneficios posibles que se derivarían de ella.

Esta corriente “trasplantista” ha tenido una contestación fuerte, que afirma que los trasplantes son imposibles debido a las diferencias arraigadas entre los sistemas implicados, ya que una norma jurídica es necesariamente una forma cultural incorporativa, su significado tiene que encontrarse esencialmente a través de procesos interpretativos subjetivos, que son función de asunciones epistemológicas del intérprete de cuales están ellas misma condicionadas tanto cultural como históricamente.

Estos procesos evolutivos complejos resultan de la contribución de varios sistemas y culturas, este análisis de los trasplantes como un aspecto general del Derecho toma una forma de una cronología. Se llega a una visión del Derecho evolucionando a través de un proceso continuo de eventos de diferente tipo, cada uno de los cuales son propensos a cambios subsecuentes y se ve influido por eventos previos y concurrentes, siendo los resultados de la contribución de varios actores y fuerzas, que también se encuentran en un constante estado de flujo.

Entre los factores más importantes que influyen en la evolución del Derecho y en los cambios que se producen en las normas jurídicas se encuentran las innovaciones tecnológicas. Durante mucho tiempo las tecnologías fueron específicas de contexto, es decir, la utilización de los aparatos y técnicas de estas tecnologías estaba exclusivamente reservada a un plantel de especialistas.

La evolución de las tecnologías produjo normas jurídicas que definían los estándares de conducta de los especialistas que controlaban esas tecnologías específicas. Esas normas jurídicas eran específicas del contexto y se centraban en la aplicación correcta o incorrecta de una tecnología determinada y en las consecuencias que tenían sobre aquellos que controlaban esa tecnología.

El “uso indebido” de una tecnología es un fenómeno diferente y relativamente reciente que no suele preocupar cuando la aplicación de la tecnología está en manos de los especialistas, pero que constituye un problema con el aumento de las tecnologías de consumo, porque su único propósito era su

utilización por los ciudadanos, que puede ser mucho más serio que la simple aplicación deficiente de la tecnología, y llegar a ser delictivas.

Los reguladores, en situaciones de extrema incertidumbre, se deberían esforzar por mantener un planteamiento responsable y racional, y emplear una forma de razonamiento de precaución. Este principio de actuación puede implicar la introducción de una prohibición o una moratoria que se enmarcaría dentro de una intervención precavida o preventiva para evitar un perjuicio.

O puede implicar la aplicación de prohibición o restricción, lo cual se enmarcaría dentro de una respuesta precavida o protectora para preservar los beneficios o derechos establecidos, la metodología de la precaución siempre tiene como resultado que la regulación (a favor o en contra de la intervención) será precavida.

El entorno regulador tiene que apoyar el desarrollo, la aplicación y la explotación de las innovaciones tecnológicas que contribuyan a mejorar la existencia social humana, y orientarse correctamente a la gestión de los riesgos y al reparto de los beneficios.

La normativa que constituye el entorno regulador puede venir de varias fuentes, gubernamentales y no gubernamentales, públicas y privadas, oficial y no oficial, y más o menos formal. Pero siempre los poderes públicos tienen que garantizar los derechos de los ciudadanos y asegurar la seguridad, el orden y el estado de Derecho.

La función protectora de la regulación pública sirve para reducir riesgos e incertidumbre, para determinar la aceptabilidad de los riesgos y para crear confianza, al tiempo que facilita los desarrollos tecnológicos. La gestión de los riesgos, incluyendo la toma de decisiones sobre la tolerancia o aceptabilidad de los mismos, es la labor más importante de la regulación protectora.

Las diferencias entre el Derecho consuetudinario y el estatutario son importantes en cualquier contexto, pero en el caso de su utilización como instrumentos para adaptar las normas jurídicas a los avances tecnológicos, estas diferencias se centran sobre todo en aquellas que hacen al Derecho estatutario menos flexible que el consuetudinario, ya que la flexibilidad es crucial cuando se trata de enfrentarse a innovaciones tecnológicas continuadas.

La tecnología siempre ha tenido un cierto carácter normativo, nunca es neutra. Pero con la llegada de las nuevas Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones e Internet, la tecnología cada vez más se está usando de forma intencionada como un instrumento para regular el comportamiento humano.

La tecnología normativa forma parte de las cuatro modalidades posibles de regulación: normas jurídicas, normas sociales, mercados (economía) y arquitectura, considera estas modalidades en términos de restricciones para actuar, refiriéndose el término arquitectura al diseño, y en relación con las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, al código (tanto software como hardware).

El concepto de “el código es la norma” significa que en nuestros días la tecnología se está usando de forma intencionada como un instrumento para influir en los comportamientos de las personas, suplementando al Derecho como instrumento regulador. Siendo una diferencia clave entre el “código” y el Derecho el que la tecnología normativa, tanto en su faceta de hacer cumplir las normas como en la de establecer estas normas, influye en cómo se pueden comportar las personas, mientras que el Derecho influye en cómo se deberían comportar las personas.

Cuando la tecnología afecta al comportamiento y se usa como un instrumento para alcanzar objetivos políticos, entonces se asemeja a los efectos del Derecho. El mantenimiento del comportamiento de los regulados dentro de los límites definidos por la regulación, no exige ni necesita que las normas integradas sean transparentes. La tecno-norma funciona independientemente de que los regulados conozcan que su comportamiento está siendo regulado.

El carácter auto-ejecutable de la tecno-regulación ha generado una serie de inquietudes, algunas de ellas centradas en su eficacia y en sus efectos, y otras centradas en su potencial para poner en riesgo valores importantes. La tecno-regulación, para conseguir los fines que busca, conlleva la completa dependencia sobre la fiabilidad y la precisión de las “normas” del diseño que se adopta.

La tecno-regulación puede resultar en una pérdida de “responsabilidad moral”. Parece que es la tecnología, más que el carácter moral del individuo relevante, la que es responsable de la visualización de la virtud, y afecta de lleno a las nociones fundamentales de respeto y responsabilidad, ya que fuerzan a los



individuos a actuar en una forma dictada por los diseños del “código”, y sugiere que la tecno-regulación amenaza los cimientos básicos que permiten la existencia de una comunidad moral.

Para que estas tecnologías normativas se integren en la tradición jurídica de las democracias constitucionales, éstas deben proporcionar los mecanismos para defenderse de su propia aplicación, y esto requiere transparencia para empoderar a los ciudadanos en su contacto con las infraestructuras tecnológicas.

Desde el punto de vista histórico los avances fundamentales en las tecnologías se aplican primero a los procesos de comunicación, la era de la mecánica se introdujo con la imprenta, y la era de la electrónica con el telégrafo. La explicación de este hecho histórico se deriva de una concepción de la sociedad basada en un modelo de competición apropiado de la economía y extendido a todas las instituciones sociales.

De esta forma los medios de comunicación disponibles influyen de manera importante en las formas de organización social que son posibles, y por tanto influyen en los tipos de asociaciones humanas que se pueden desarrollar en cualquier periodo.

Todas las innovaciones de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones se caracterizan por necesitar bastante tiempo para desarrollar su potencial, por imitar en sus inicios las formas de comunicación más antiguas, por sufrir ataques en sus primeras etapas y por producir cambios de gran alcance. Y todas estas características se han visualizado a lo largo de la historia.

El primer hito histórico de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones fue la escritura, ésta permitió la civilización, la historia, la literatura y los comienzos de la ciencia, y jugó un papel único a la hora de cristalizar la consciencia. Fue en gran medida la responsable del cambio decisivo que transformó al hombre primitivo en un hombre civilizado.

La escritura en sus inicios hizo que el Derecho dependiera de ella extendiera el monopolio de los instruidos, el Derecho escrito se relaciona con las ideas de justicia y democracia, y permitió controlar los juicios arbitrarios.

El Derecho escrito externaliza las normas jurídicas y les proporciona una existencia independiente. Esto permite una perdurabilidad en el tiempo y en el espacio, distanciándose del autor del mismo y creando una necesidad de

interpretación de su significado. A su vez crea la necesidad de una clase de profesionales, los juristas, que guardan la coherencia y la continuidad histórica del Derecho, permitiendo con ello la emergencia del estado moderno.

La captura de la información por la escritura fue crucial para la tradición en el Derecho, y permite el reconocimiento de la referencia a la escritura como autoritativa y la aparición de las normas de reconocimiento que favorecieron el paso del Derecho primitivo al Derecho tal y como los conocemos.

El segundo hito histórico de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones fue la imprenta, su invención y la cultura que desarrolló con la disponibilidad del material impreso tuvieron una influencia muy grande en el inicio de la Europa moderna. La capacidad de la imprenta para preservar el conocimiento y permitir la acumulación de información, cambiaron extraordinariamente la mentalidad de los ciudadanos modernos lo cual tuvo repercusiones tan grandes que transformaron la sociedad.

La imprenta permitió la difusión y distribución de la información y la estandarización de los textos, al tiempo que favorecía la fijación y la preservación de los mismos, teniendo un papel determinante en los cambios que se produjeron en su época. Muchos de los logros del Renacimiento, como los descubrimientos o la revolución Copernicana fueron posibles por el efecto explosivo de la abundancia de información.

La imprenta fue la condición que posibilitó que el Derecho escrito fuera decisivo para los estados nacionales modernos, para la democracia y para el estado de Derecho (proporcionando la necesidad de una clase autónoma de juristas que interpreten y sostengan la coherencia intrasistémica del Derecho).

El texto impreso externaliza y objetiva la palabra hablada, propiciando la necesidad de la interpretación, esto proporciona una libertad inevitable en el uso de los textos y convierte el proceso legislativo (promulgación de códigos jurídicos y sus aplicaciones) en un proceso creativo más que en una aplicación mecánica.

La proliferación de textos jurídicos desde el progreso de la imprenta produjo un caos potencial de interpretaciones, generando la necesidad de una sistematización y una especialización. Esto es lo que resultó en la profesionalización de la práctica jurídica en el transcurso de los últimos cinco

siglos, la fuerza del Derecho impreso empezó a depender tanto de la autoridad coercitiva del estado como del trabajo del gremio de los juristas.

El tercer hito histórico ocurrió en el siglo XIX con la invención del telégrafo. El telégrafo tuvo un impacto importante en la cultura, permitió estandarizar y difundir el tiempo horario y la comunicación instantánea. Además, fue la base para la aparición de importantes innovaciones tecnológicas de la telecomunicación: el teléfono fue el sucesor del telégrafo, la telegrafía sin cables se hizo patente con la aparición de la radio, y con la aparición de la telefonía sin cables ésta se utilizó para comenzar la época de la transmisión, primero de palabras y después de imágenes con la televisión.

Desde el punto de vista del Derecho, la tecnología del telégrafo pasó a ser sujeto de normas jurídicas específicas de contexto, y dirigidas a sus especialistas. La naturaleza circunscrita de los efectos de la telegrafía significó que generó menos preocupación sobre los posibles efectos negativos que pudieran resultar de su implementación, que los que suscitaron la imprenta. La mayoría de las primeras demandas sobre la tecnología del telégrafo estaban relacionadas precisamente con los fallos en la transmisión de los mensajes y con su confidencialidad.

El cuarto hito histórico se corresponde con la era de la información y comunicación digital en la que estamos inmersos en la actualidad. Internet es al mismo tiempo un potencial de difusión de ámbito mundial, un mecanismo para la difusión de la información, y un medio para la colaboración y la interacción entre individuos y sus ordenadores sin tener en cuenta su localización geográfica.

Internet asegura la producción, distribución, y utilización de información digitalizada en todos los formatos. Cerca del noventa y cinco por ciento de toda la información existente en el planeta está digitalizada y la mayoría de ella se encuentra accesible en Internet y otras redes de ordenadores.

La historia de Internet es compleja e implica muchos aspectos, tecnológicos, organizacionales y de comunidad. Su influencia alcanza no solo los ámbitos técnicos de la comunicación de ordenadores, sino que a medida que avanzamos en la utilización creciente de herramientas “online” para realizar comercio electrónico, adquisición de datos, y operaciones comunitarias, afecta a toda la sociedad.

Posteriormente, la Red Informática Mundial (WWW), más conocida como la web, que esta superpuesta sobre Internet e incorpora sus protocolos, marcó el inicio de la cohesión de tres corrientes de innovación diferentes: la informática personal, el trabajo en red, y los programas de conexión. Este sistema tecno-social para la interacción de humanos basada en redes tecnológicas ha sufrido, en las últimas dos décadas, una gran cantidad de progresos en la propia web y en sus tecnologías asociadas.

Algunos de estos progresos han culminado en la aparición de las redes sociales (*social network sites*) que surgen como servicios basados en la web que permiten a las personas: construir un perfil público o semipúblico dentro de un sistema delimitado, articular una lista de otros usuarios con los que comparten la conexión, y ver y atravesar sus listas de contactos y los que han establecido otros dentro del sistema.

El Internet de las Cosas representa la próxima evolución de Internet dando un paso de gigante en su capacidad para acumular, analizar, y distribuir datos que se pueden transformar en información, conocimiento, y en última instancia sabiduría. Desde su introducción, se han implementado una serie de objetos inteligentes “capaces de conectarse” con capacidades de comunicación, sensoriales, y de acción con numerosas aplicaciones como en áreas de salud, edificios inteligentes, redes sociales, monitorización de medio ambiente, transporte y logística, etc.

El Internet de las Cosas es sumamente importante porque constituye la primera evolución real de Internet, un salto que conducirá a aplicaciones revolucionarias que tienen el potencial de mejorar de forma dramática la forma en la que las personas viven, aprenden, trabajan, y se entretienen.

La aparición de Internet y todos sus progresos han tenido un impacto jurídico muy relevante en los derechos fundamentales de los ciudadanos, a veces la Red afecta a la privacidad de los usuarios, en otras ocasiones los conflictos se refieren a la expresión de ideas u opiniones.

Estos derechos son conocidos como los derechos fundamentales de la personalidad, los cuales no sólo se ven afectados por Internet, sino que a veces las nuevas tecnologías generan conflictos entre ellos. Estos derechos de la personalidad se refieren a aquellos estrechamente relacionados con la esfera

personal del individuo y se relacionan con una serie de atributos tanto físicos como morales, como por ejemplo la dignidad humana.

De todas las definiciones establecidas respecto a estos derechos todas parten de la base común de que no pueden entenderse sin la persona, estos derechos se pueden ejercer frente a cualquiera, son derechos limitados, intrasmisibles, son derechos personalísimos, susceptibles al cambio e incluyen bienes morales.

Los derechos de la personalidad que son especialmente relevantes para las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones son aquellos que se refieren a la libertad personal y aquellos que son de consideración social. Estos derechos son los que más conflictos presentan para el Derecho en la Red.

Estos derechos se encuentran regulados en la Constitución Española de 1978 y se constituyen como derechos fundamentales de primer orden, por lo que gozan de amplia protección por el ordenamiento jurídico español. Es por ello que entrañan mucha complejidad pues los conflictos resultantes presentarán un choque precisamente entre dichos derechos.

Un ejemplo de estos conflictos es la delimitación que resulta entre del derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión, siendo el derecho al honor la buena consideración o reputación que posee una persona, la cual cambia y se transforma con los cambios sociales y culturales. El honor posee una doble faceta (objetiva y subjetiva), y afecta a todas las personas (físicas y jurídicas) que conforman la sociedad.

La libertad de expresión supone la capacidad que tienen todas las personas para manifestar sus ideas o pensamientos, más aún en la actualidad debido a que Internet se identifica con la libertad de expresión total. Sin embargo, el uso de Internet conlleva a su vez tanto aspectos positivos como negativos para la libertad de expresión, debido a la velocidad con la que se transmiten los mensajes.

Cuando estos dos derechos entran en colisión se deben ponderar una serie de parámetros para aplicar criterios que sean razonables y prácticos, ninguno de los dos derechos está por encima del otro, sin embargo, habrá que examinar cada caso para asegurar un equilibrio.

Esta colisión es especialmente compleja en Internet, los mensajes pueden volverse virales en muy poco tiempo y las imágenes se intercambian con extrema facilidad. La legislación en muchas ocasiones no sabe muy bien como delimitar

estos derechos, más aún la legislación de cada país aborda esta delimitación de forma diferente en base a su cultura y su historia.

Existen algunos casos, como el de “spickimich.de”, que se han configurado como un paradigma para la resolución de estos conflictos dando lugar a una serie de parámetros preestablecidos que pueden aplicarse a otros que surjan con posterioridad.

No obstante, un mal uso de la libertad de expresión puede tener una serie de implicaciones penales en forma de sanción, las más usuales en la red las constituyen las injurias y las calumnias, ambas delimitadas por una serie de características que deberán ser examinadas en cada caso para conocer si el usuario es merecedor de una sanción, como es el caso de la veracidad o de un interés público.

La intimidad es otro de los derechos profundamente afectados por el uso de las nuevas tecnologías, esta se corresponde con la esencia misma de la persona por lo que la legislación tiene bien en cuenta a una correcta protección de la misma. Internet se conforma con un posible peligro para la intimidad, pues el almacenaje y transmisión de la información posibilita un perjuicio grave para la intimidad.

Este perjuicio a veces tiene lugar por el uso irresponsable de los propios usuarios, pues este siempre deja rastro en la Red, constantemente se transmite información personal (aunque ésta a priori pueda resultar insignificante). Uno de los colectivos más vulnerables en la Red, es precisamente uno de los que más utiliza sus programas, aplicaciones y redes sociales, los menores de edad.

Los menores de edad se ven afectados por muchos peligros, a veces estos peligros vienen de la mano de usuarios adultos, en otras ocasiones serán otros menores de edad. El comportamiento de estos “nativos digitales” dista mucho del de otras generaciones, pues muchos de ellos asumen que la pérdida de intimidad es algo natural y razonable por el hecho de navegar en Internet.

Una de las claves para la protección de la intimidad reside en una buena protección de los datos personales, la diferencia entre intimidad y vida privada es uno de los primeros conceptos a asumir para una buena protección de ambas. Otro factor favorable a la buena protección de los datos personales es el buen uso y la cautela de los usuarios, y también algunos avances legislativos como la

aprobación del Reglamento 679/2016, General de Protección de Datos que reformula el panorama europeo relativo a la protección de datos personales.

El último de los derechos de la personalidad, el derecho a la propia imagen, siempre se ha encontrado ligado al derecho al honor y al derecho a la intimidad, no obstante, es un derecho autónomo en sí mismo.

Este protege el aspecto físico del individuo, el cual se ve muy afectado en la Red por la rápida difusión de imágenes, en muchas ocasiones se utilizan imágenes del sujeto sin su consentimiento lo cual puede acarrear muchos perjuicios. En redes sociales puede llegar a suplantarse la identidad de una persona, a utilizar su imagen sin su consentimiento o incluso crearse perfiles falsos.

De todos los conflictos resultantes de los derechos fundamentales de la personalidad, han emanado una serie de figuras que son especialmente relevantes en Internet y para la legislación.

La primera de ellas, el *hate speech* entraña aquellas expresiones que se fundamentan en la discriminación y la intolerancia, estas expresiones atentan contra la dignidad de las personas y se apoyan en las herramientas que proporciona Internet como son la rápida interacción o el anonimato.

Es bastante difícil detectar el *hate speech* en la Red, pese a que en la actualidad es muy frecuente, normalmente el *hate speech* suele aparecer en redes sociales en forma de insultos racistas o ataque a las minorías, incita al odio e intenta ser ofensivo respecto a ciertos colectivos.

El *hate speech* es una consecuencia negativa de un mal uso del derecho a la libertad de expresión, en la Red han proliferado estas expresiones y la legislación tiene el reto de hasta dónde debe limitar el derecho de libertad de expresión en Internet.

Con ello surge la censura en la Red, pues esta por su propio carácter es de muy difícil regulación, la censura va a ser vista como una forma de control. La censura digital va a implicar una serie de acciones como cerrar páginas web, bloqueos técnicos y eliminación de búsquedas.

La censura puede provenir por parte del propio Estado, de los proveedores o incluso desde los propios usuarios. La utilización de estos mecanismos no tiene

por qué ser necesariamente mala, pero puede tener graves implicaciones, pues muchos Estados se aprovechan de estos mecanismos para realizar un control político en Internet.

Al final tanto los mecanismos de censura como los mecanismos de protección frente a la censura poseen su propia evolución tecnológica y chocan continuamente a lo largo de los años, pero la historia reciente de Internet ha demostrado que al final en esta pugna la censura completa resulta ser ineficaz, porque el carácter de Internet debe ser verdaderamente libre.

Precisamente uno de los grandes avances que ha realizado la legislación sin socavar la libertad de Internet ha sido la configuración del derecho al olvido, este derecho tiene su origen en la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 13 de mayo de 2014 por el cual se le reconocía a cualquier usuario de internet la capacidad para oponerse a que sus datos personales sean utilizados con una finalidad distinta a la que el propio usuario haya dispuesto.

El derecho al olvido se ha extendido a buscadores tan famosos como son Google, los cuales ya incorporan su propio formulario y el usuario ya es capaz de eliminar la información que no desea que aparezca en la Red.

Otro de los retos que debe afrontar la legislación es el que nace con la configuración de la identidad digital del sujeto, el avatar no deja de ser la representación de una persona física en el mundo digital. Esto posee muchas implicaciones, pues el avatar puede contener una serie de datos que den información del sujeto.

Este a su vez puede configurar esta representación de diversas formas, pues la construcción de la identidad digital es uno de los primeros pasos en la interacción digital, no obstante, pueden aparecer otros problemas como es precisamente la usurpación o el robo de esta identidad digital.

Al final, de todos los conflictos que poseen implicaciones jurídicas, se suele llegar al término en el cual se debe señalar a un responsable, resulta obvio que si ocurre un delito en la Red será el autor el responsable del mismo. No obstante, los prestadores de servicios también pueden poseer su cuota de responsabilidad.

Esta cuota se configura de acuerdo con una serie de parámetros, siendo los principales el conocimiento efectivo y la debida diligencia que estos posean cuando ocurre algún conflicto. También resulta interesante como la legislación ha



excluido parcialmente de esta responsabilidad a aquellos proveedores que ofrezcan un servicio de carácter meramente intermediario.

Algunos de los problemas a los que se ven afectos los proveedores en Internet son la neutralidad, referida a las pautas de servicio que debe ofrecer a sus clientes, pues esta debe ser por igual a todos y nunca deben negarle el acceso al mismo (salvo algunas excepciones).

Y por parte de los administradores o moderadores web, la configuración de los sistemas de moderación y participación que pueden dotar a sus espacios web, pues la interacción de los usuarios siempre va a acarrear algún tipo de consecuencia (una de las más relevantes en la actualidad es la denominada como “espiral del silencio”, la cual puede discriminar las opiniones minoritarias en las redes sociales).

Resulta claro que, de todas las innovaciones tecnológicas, las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones son las que presentan un papel más central en la sociedad, condicionan la práctica de la comunicación en esa sociedad, las instituciones y los acuerdos socioculturales que asocian con esas prácticas, y a través de ellas los acuerdos más generales entre las sociedades y los climas culturales.

El Derecho desempeña un papel fundamental para construir el encaje entre los artefactos tecnológicos y su contexto social, los temas jurídicos nuevos creados por las innovaciones tecnológicas suelen ser bastante desafiantes y presentan variaciones nuevas que se enfrentan a las interpretaciones actuales del Derecho.

La regulación es el instrumento principal para evitar que la tecnología perjudique a la sociedad, ya que la introducción de nuevas tecnologías que imponen conductas que afectan a la sociedad suele venir acompañada por exigencias de intervención para proteger los derechos individuales.

Los pensadores que creen que la sociedad controla a la tecnología suelen rechazar regulaciones que interfieran con los desarrollos tecnológicos para no cambiar la situación jurídica de forma agresiva que pueda trastornar los intereses jurídicos tradicionales. Los que piensan que la tecnología puede dominar a la sociedad, suelen apoyar políticas jurídicas más intervencionistas.

Las consecuencias sociales de una tecnología no se pueden predecir en las primeras etapas de su vida, sin embargo, para cuando se descubren sus

consecuencias no deseables, ésta forma ya parte de la totalidad del tejido social y económico, y es extremadamente difícil de controlar. Cuando el cambio es fácil, no se puede vislumbrar la necesidad de este cambio; cuando es evidente la necesidad del cambio, el cambio se ha convertido en costoso, difícil y requiere mucho tiempo para realizarlo.

El tiempo es un factor esencial cuando las características de una nueva tecnología hacen probable que esta provoque una consolidación rápida de ciertas formas de conducta que puedan afectar a la sociedad. Tiende a prevalecer la idea de que la intervención es necesaria, incluso en situaciones donde no se pueden anticipar completamente o se juzguen mal todas las implicaciones, a pesar de la indeterminación científica, para poder proteger de forma efectiva frente a riesgos todavía desconocidos.

Por otra parte, el vacío temporal entre la emergencia de una innovación tecnológica y su subsiguiente regulación permite un tiempo mayor para el análisis y posibilita que las decisiones políticas y sus aplicaciones estén mejor informadas.

La regulación de la tecnología es un espacio multidimensional que reúne conocimientos de numerosos campos relevantes, entre los más obvios: varias disciplinas jurídicas, teoría del Derecho, estudios de gobernanza, ética, administración pública, ciencia política, teoría de la comunicación y de los medios, estudios de ciencia y tecnología, junto con diferentes campos de la ciencia y la tecnología propias.

Este caminar más lento del Derecho no tiene que confundirse con una suspensión de decisiones esperando que los asuntos en cuestión maduren, para poder acomodar estas tendencias opuestas, cualquier regulación tiene debería retener tanto la flexibilidad como la capacidad de respuesta, o incluso la anticipación de los riesgos o actividades futuras que se encuentran en evolución constante.

La regulación será ineficaz o inapropiada si la tecnología deja atrás al marco de referencia para esta regulación. Esta conexión implica que la regulación necesita incorporar un grado de flexibilidad o de carácter abierto, que debería, cuando sea posible, adoptar estrategias tecnológicamente neutras, y que debería interpretarse de manera intencional.

El proceso legislativo es lento, mientras que la tecnología cambia muy rápido, esta distancia entre las innovaciones tecnológicas y el cambio en el Derecho puede afectar a la incertidumbre jurídica y provocar que las personas actúen en entornos ambiguos donde los derechos y responsabilidades no se pueden reconocer o predecir de forma clara.

Por ello, aunque sería muy presuntuoso responder y dar solución a todos los problemas globales que tiene el Derecho con Internet, sí se pueden dar unas pautas finales por las cuales si la legislación las toma de base se avanzará por el buen camino, al margen de la incertidumbre de los futuros avances tecnológicos:

- El Derecho debe ser flexible y mutable, nunca será una solución para los conflictos en la Red la existencia de normas rígidas que no se adapten a los cambios tecnológicos.
- El Derecho no puede regular Internet de forma unilateral, es necesario que se involucren todos los actores que conforman la Red, especialmente en lo que se refiere a los proveedores de Internet y a las normas de autorregulación, que ya son una realidad que las leyes no pueden ignorar.
- El Derecho no debe limitarse a delimitar, regular y/o prohibir, también debe concienciar, educar y dar a conocer de qué son capaces las nuevas Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones.
- Internet nació como un ente verdaderamente libre, donde los usuarios son su núcleo fundamental. El desarrollo de la regulación de la Red no debe perder de vista como fue este origen, para no pervertirlo en un futuro, Internet es y deberá seguir siendo libre, y sus usuarios tampoco deben perder esta libertad de acceso y de interacción social.



**CAPÍTULO X -  
REFERENCIAS  
BIBLIOGRÁFICAS**



**CAPÍTULO X - REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

## 10.1. LIBROS Y REVISTAS CIENTÍFICAS

ABBATE, J., *Inventing the Internet*, Cambridge 2000.

ACED, C., ARQUÉS, N., BENÍTEZ, M., LLODRÀ, B., & SANAGUSTÍN, E. *Visibilidad: cómo gestionar la reputación en Internet*, Barcelona 2009.

ADAM SMITH, *Lectures On Jurisprudence*, vol. V of The Glasgow Edition of the Works and Correspondence of Adam Smith by MEEK, R. L., RAPHAEL, D. D. & STEIN, P. G. (Eds.), Indianapolis 1982.

ADAM SMITH, *The Theory of Moral Sentiments*, Soares, S. M. (Ed.), São Paulo 2006, republicación de la edición original publicada en 1759 en Londres por MILLAR, A.

AGHAEL, S., NEMATBAKHS, M. A., & FARSANI, H. K., «Evolution of the World Wide Web: from Web 1.0 to Web 4.0», en *International Journal of Web & Semantic Technology* 3 (2012), pp. 1-10.

ALHABASH, S., & MA, M., «A Tale of Four Platforms: Motivations and Uses of Facebook, Twitter, Instagram and Snapchat Among College Students?», en *Social Media + Society* 3 (2017), pp. 1-13.

ÁLVAREZ SUÁREZ, M., *La mejora de la regulación en España como política pública: análisis y evolución*, en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas* 17 (2017), en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=281550680002> (Consultado 10/02/2018), pp. 26-39.

AMAYA PILARES, S., «Colisión entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de información. Comentario a propósito de la Sentencia número 796/2008, de 22 de julio, de la sala de lo civil, sección 1, del Tribunal Supremo, dictada en el recurso de casación número 1386/2002 (STS 4120/2008)», en *Revista Aranzadi del derecho del deporte y entretenimiento* 25 (2009), pp. 231-240.

ANDRÉ-SALVINI, B., «The birth of writing», en *The Unesco Courier* (1995), p. 11-13..

ANGULO GARZARO, A. & ANGULO GARZARO, N., «Límites a la utilización de las redes sociales como medio de expresión: la lesión al honor o la imagen y el

- despido como consecuencias indeseables», en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías* 43 (2017), pp. 101-109.
- AOKI, M., «Towards a comparative institutional analysis: motivations and some tentative theorizing», en *The Japanese Economic Review* 47 (1996), pp. 1-19.
- APODACA, K., *Avatar: la era de la doble personalidad*, en <http://www.operamundimagazine.com/2013/08/avatar-la-era-de-la-doble-personalidad.html> (Consultado 25/01/2018).
- ARANDA SERNA, F. J., «La delimitación de la libertad de expresión en Internet. La confrontación de derechos y la censura digital», en *Hacia una Justicia 2.0: actas del XX Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática*, YAMEL MUNIVE, E. (Coord.), Salamanca 2016, pp. 15-28.
- ARJONA, A. & RUBIO, M., «El análisis económico del derecho», en *Precedente. Revista Jurídica* 12 (2002), pp. 117-150.
- ASANTE, K., OWEN, R. & WILLIAMSON, G., «Governance of new product development and perceptions of responsible innovation in the financial sector: insights from an ethnographic case study», en *Journal of Responsible Innovation* 1 (2014), pp. 9-30
- AUGER, C., «Derecho al honor y a la intimidad: El problema en la realidad y en el derecho», en *La prensa y el derecho al honor y a la intimidad*, Santander 1989, pp. 9-14
- BAILEY, M. J. & RUBIN, P. H., «A Positive Theory of Legal Change», en *IRLE* 14 (1994), pp. 467-477.
- BAKER, J. H., «The Inns of Court and Legal Doctrine» en *Lawyers and Laymen*, CHARLES-EDWARDS, T. M., OWEN, M. E., & WALTERS, D. B. (Eds.), Cardiff 1986, pp. 352-366.
- BALDWIN, R., CAVE, M. & LODGE, M., *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*, New York 2012.
- BAMBAUER, D. E., «Censorship v3.1.», en *IEEE Internet Computing* 17 (2013), pp. 26-33.
- BANKS, J., «Regulating hate speech online», en *International Review of Law, Computers & Technology* 24 (2010), pp. 233-239.



- BARRY, E., «In Azerbaijan, a Donkey Suit Provokes Laughs and, Possibly, Arrests», en *The New York Times*, [http://www.nytimes.com/2009/07/15/world/asia/15azerbaijan.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2009/07/15/world/asia/15azerbaijan.html?_r=0) (Consultado 23/05/2018).
- BARTLETT, R., «Developments in the Law--The Law of Cyberspace», en *Harvard Law Review* 112 (1999), pp. 1574-1704.
- BAZÚA WITTE, A., *Los derechos de la personalidad. Sanción civil a su violación*, México 2005, pp. 7-55.
- BEAULIER, S. A., BOETTKE, P. J. & COYNE, C. J., «Knowledge, Economics and Coordination: Understanding Hayek's Legal Theory», en *NYU Journal of Law and Liberty* 1 (2005), pp. 209-224.
- BEBCHUK, L. A. & ROE, M. J., «A Theory of Path Dependence in Corporate Ownership and Governance», en *Stanford Law Review* 52 (1999), pp. 127-170.
- BECKER, G. S., «A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence», en *The Quarterly Journal of Economics* 98 (1983), pp. 371-400.
- BELDA INIESTA, J. & ARANDA SERNA, F. J., «El paradigma de la identidad: hacia una regulación del mundo digital», en *Revista Forense* 422 (2015), pp. 181-202.
- BELLI, L. & VAN BERGEN, M., «A Discourse-Principle Approach to Network Neutrality: a Model Framework and its Application», en *The Value of Network Neutrality for the Internet of Tomorrow*, BELLI, L. & SCHAAKE, M. (Eds.), 2013, en <http://www.networkneutrality.info/sources.html> (Consultado 15/11/2017), pp. 100-109.
- BENCZÚR, A., «The evolution of human communication and the information revolution - A mathematical perspective», en *Mathematical and Computer Modelling* 38 (2003), pp. 691-708.
- BENEDEK, W., «Freedom of Expression and Freedom of the Media», en *Understanding Human Rights. Manual of Human Rights Education*, BENEDEK, W. (Ed.), Berlin 2012.
- BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I., «Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad. Especial referencia a su problemática penal», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 44 (1991), pp. 339-362.

- BERGER, P. L. & LUCKMAN, T., *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge*, London 1991, pp. 84-85.
- BERNAL DEL CASTILLO, J., «El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del “discurso del odio”», en *Revista de Derecho penal y criminología* 16 (2016), pp. 13-44.
- BERNERS-LEE, T.J., CAILLIAU, R., GROFF, J.-F., & POLLERMANN, B., «World-wide web: the information universe», en *Internet Research* 20 (1992), pp. 52-58.
- BERNERS-LEE, T., CAILLIAU, R., LUOTONEN, A., NIELSEN, H.F., & SECRET, A., «The World Wide Web», en *Communication of the ACM* 37 (1994), pp. 76-82
- BERNSTEIN, G., «When New Technologies Are Still New: Windows of Opportunity for Privacy Protection», en *Villanova Law Review* 51 (2006), pp. 921-950.
- BETTER REGULATION TASK FORCE, *Principles of Good regulation*, Londres 2003.
- BEYLEVELD, D. & BROWNSWORD, R., «Emerging Technologies, Extreme Uncertainty, and the Principle of Rational Precautionary Reasoning», en *Law, Innovation and Technology* 4 (2012), pp. 35-65.
- BIJKER, W., HUGHES, T. P. & PINCH, T., *The Social Construction of Technological Systems. New Directions in the Sociology and History of Technology*, Cambridge 1993.
- BLACK, J., «Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a “Post-Regulatory” World”», en *Current Legal Problems* 54 (2001), pp. 103-146.
- BLOK, V., «Look who’s talking: responsible innovation, the paradox of dialogue and the voice of the other in communication and negotiation processes», en *Journal of Responsible Innovation* 1 (2014), pp. 171-190.
- BLONDHEIM, M., «Discovering “The Significance of Communication”: Harold Adams Innis as Social Constructivist», en *Canadian Journal of Communication* 29 (2004), pp. 119-143.
- BOGEN, D. S., «The origins of Freedom of Speech and Press», en *Maryland Law Review* 42 (1983), pp. 429-465.

- BOISSON DE CHAZOURNES, L., «New Technologies, the Precautionary Principle, and Public Participation», en *New Technologies and Human Rights*, MURPHY, T. (Ed.), Oxford 2009, pp. 161-194.
- BORGHELLO, C. & TEMPERINI, M. G. I., «Suplantación de Identidad Digital como delito informático en Argentina», en *JAIIO* 41 (2012), pp. 78-93.
- BOYD, D. M., & ELLISON, N. B., «Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship», en *Journal of Computer-Mediated Communication* 13 (2008), p. 210-230.
- BRAUN, E. & WIELD, D., «Regulation as a means for the social control of technology», en *Technology Analysis & Strategic Management* 6 (2007), pp. 259-272.
- BRENNER, S. W., *Law in an Era of "Smart" Technology*, New York 2007.
- BREY, A., «La sociedad de la ignorancia: Una reflexión sobre la relación del individuo con el conocimiento en el mundo hiperconectado», en *La sociedad de la ignorancia y otros ensayos*, BREY, A., INNERARITY, D. & MAYOS, G. (Eds.), Barcelona 2009, pp. 17-42.
- BRIGGS, A., & BURKE, P., *De Gutenberg a Internet. Una historia social de los medios de comunicación*, Madrid 2002.
- BROWN, G. R., DICKINS, T. E., SEAR, R. & LALAND, K. N., «Evolutionary accounts of human behavioural diversity», en *Philosophical Transactions of the Royal Society B* 366 (2011), pp. 313-324.
- BROWNSWORD, R., «What the World Needs Now: Techno-Regulation, Human Rights and Human Dignity», en *Global Governance and the Quest for Justice*, BROWNSWORD, R. (Ed.), Oxford 2004, pp. 203-234.
- BROWNSWORD, R., «Code, control, and choice: Why East is East and West is West», en *Legal Studies* 25 (2005), pp. 1-21.
- BROWNSWORD, R., «Red Lights and Rogues: Regulating Human Genetics», en *The Regulatory Challenge of Biotechnology*, SOMSEN, H. (Ed.), Cheltenham 2007, pp. 39-52.
- BROWNSWORD, R., «Why I wrote ... rights, regulation, and the technological revolution», en *Clinical Ethics* 6 (2011), pp. 207-210.

- BROWNSWORD, R. & SOMSEN, H., «Law, Innovation and Technology: Before We Fast Forward – A Forum for Debate», en *Law, Innovation and Technology* 1 (2009), pp. 1-73.
- BROWNSWORD, R. & YEUNG, K., *Regulating Technologies: Tools, Targets and Thematics*, en *Regulating Technologies. Legal Futures, Regulatory Frames and Technological Fixed*, BROWNSWORD, R. & YEUNG, K. (Eds.), Portland 2008, pp. 3-22.
- BUCCELLATI, G., «The origin of writing and the beginning of history», en *The Shape of the Past. Honor of Franklin D. Murphy*, BUCCELLATI, G. & SPERONI, C. (Eds.) California 1981, pp. 1-14.
- BURNETT, S. & FEAMSTER, N., «Making Sense of Internet Censorship: A New Frontier for Internet Measurement», en *ACM SIGCOMM Computer Communication Review* 43 (2013), pp. 84-89.
- CABO ISASI, A. & GARCÍA JUANATEY, A., *El discurso del odio en las redes sociales: un estado de la cuestión*, Barcelona 2017.
- CAIRNS, J. W., «Watson, Walton and the History of Legal Transplants», en *Georgia Journal of International and Comparative Law* 41 (2013), pp. 637-696.
- CALDARARO, N. L., *The Psychic Unity of Mankind: The Origins of Anthropology, the Anti-Slavery Movement, Cultural Relativism and Man's "Unique" Nature* (2011), en <https://ssrn.com/abstract=1858882> (Consultado 05/04/2018).
- CAMPBELL, R. H. & SKINNER, A. S., *Adam Smith*, Oxon 2010, pp. 108-111.
- CAREY, J. W., «Harold Adams Innis and Marshall McLuhan», en *The Antioch Review* 27 (1967) pp. 5-39 pp. 5-39.
- CARRILLO, M., «Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor», en *Derecho privado y Constitución* 10 (1996), pp. 91-116.
- CARRINGTON, P. D., «Virtual Civil Litigation: a Visit to John Bunyan's Celestial City», en *Columbia Law Review* 98 (1998), pp. 1516-1537.
- CASTELL, M., «The Impact of the Internet on Society: A global Perspective», en *Ch@nge: 19 Key Essays on How Internet is Changing our Lives*, CASTELL, M., GELENTER, D., VÁZQUEZ, J., & MOROZOV, E. (Eds.), (2014), pp. 9-24.
- CASTELL, M., «The Impact of the Internet on Society: A global Perspective», en *MIT Technology Review* (2014), en

- <https://www.technologyreview.com/s/530566/the-he-internet-on-society-a-global-perspective/> (Consultado 22/11/2017).
- CASTILLO JIMÉNEZ, C., «Protección del derecho a la intimidad y uso de las nuevas tecnologías de la información», en *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento* 1 (2001), pp. 35-48.
- CERF, V. G. & KAHN, R., «A protocol for packet network interconnection», en *IEEE Transactions on Communications* 22 (1974), pp. 637-648.
- CHOUDHURY, N., «World Wide Web and Its Journey from Web 1.0 to Web 4.0», en *International Journal of Computer Science and Information Technologies* 5 (2014), p. 8096-8100.
- CHRISTIANSEN, G. B., «Law as a Discovery Procedure», en *Cato Journal* 9 (1990), 497-530.
- CIJUL EN LÍNEA, *Valores de la Personalidad*, (2009) en <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal-investigaciones.php?x=NjQy>, (Consultado 15/11/2017).
- CLARK, R. C., «The Interdisciplinary Study of Legal Evolution», en *The Yale Law Journal* 90 (1981), pp. 1238-1274.
- CLARK, R. C., «The Morphogenesis of Subchapter C: An Essay in Statutory Evolution and Reform, Faculty Scholarship Series», en *The Yale Law Journal* 87 (1977), pp. 90-162.
- COCKFIELD, A. J., «Individual Autonomy, Law and Technology: Should Soft Determinism Guide Legal Analysis?», en *Bulletin of Science Technology & Society* 30 (2009), pp. 4-8.
- COHEN-ALMAGOR, R., «Internet History», en *International Journal of Technoethics* 2 (2011), pp. 45-64.
- COHN, M., «Legal Transplant Chronicles: The Evolution of Unreasonableness and Proportionality Review of the Administration in the United Kingdom», en *American Journal of Comparative Law* 58 (2010), pp. 583-629.
- COLE, R. G., «The Reformation in Print: German Pamphlets and Propaganda», en *Archive for Reformation History* 66 (1975), pp. 93-102.

- COLECTIVO ARCIÓN, «La suplantación de identidad de tipo físico, informático y de telecomunicaciones como nueva manifestación de las conductas antisociales», en *Visión Criminológica-criminalística* 1 (2013), pp. 6-22.
- COLIN, T., «Judicial Attitudes, Aptitudes and Abilities in the Field of high Technology», en *Monash University Law Review* 15 (1989), pp. 219-228.
- CONNELL, F. J., «Censorship and the Prohibition of Books in Catholic Church Law», en *Columbia Law Review* 54 (1954), pp. 699-709.
- COOTER, R. & KORNHAUSER, L., «Can Litigation Improve the Law without the Help of Judges?», en *J. Legal Stud.* 9 (1980), pp. 139-163.
- COOTER, R. & ULEN, T., Law and Economics (2016), en <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=books> (Consultado 10/11/2017).
- COOTER, R., «Do Good Laws Make Good Citizens? An Economic Analysis of Internalized Norms», en *Virginia Law Review* 86 (2000), pp. 1577-1601.
- CRAIG, R. T., «Communication Theory as a Field», en *Communication Theory* 9 (1999), pp. 119-161.
- CRAM, I., «The Danish Cartoons, Offensive Expression, and Democratic Legitimacy», en *Extreme Speech and Democracy*, HARE, I., & WEINSTEIN, J. (Eds.), New York 2009.
- CROFTS, R., «Reform, and the Catholic Reformation in Germany (1521-1545)», en *Sixteenth Century Journal* 16 (1985), pp. 369-381.
- CULKIN, J. M., «A Schoolman's guide to Marshall McLuhan», en *The Saturday Review* 51 (1967), pp. 51-53, 70-72.
- DANIELS, P. T., «On beyond alphabets», en *Written Language & Literacy* 9 (2006), pp. 7-24.
- DAVIES, D. W., «An Historical Study of the Beginnings of Packet Switching», en *The Computer Journal* 44 (2001), pp. 152-162.
- DAWKINS, R., *El gen egoísta. Las bases biológicas de nuestra conducta*, Barcelona 1993.
- DE BUJANDA, J. M., «Literary Censorship in Sixteenth-Century Spain», en *CCHA Study Sessions* 38 (1971), pp 51-63.

- DE LA PARRA TRUJILLO, E., «Los Derechos de la personalidad: Teoría general y su distinción con los derechos humanos y las garantías individuales», en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* 31 (2001), p. 139-163.
- DE LAMA AYMÁ, A., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Barcelona 2005.
- DE LOS REYES-GÓMEZ, F., «Segovia y los orígenes de la imprenta española», en *Revista General de Información y Documentación* 15 (2005), pp. 123-148.
- DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho Privado de Internet*, Madrid 2015.
- DE PABLO SERRANO, A., *Los delitos contra el honor en el derecho penal español y en el derecho comparado*, Valladolid 2014.
- DE PAULA BLASCO GASCÓ, F., «Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen», en *Bienes de la personalidad, Asociación de Profesores de Derecho Civil. Jornadas* (2007 Salamanca), Murcia 2008, pp. 1-64.
- DE TERWANGNE, C., «Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido», en *Revista de Internet, Derecho y Política* 13 (2012), pp. 53-66.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria», en *Rev. Boliv. de Derecho* 23 (2017), pp. 54-111.
- DEAKIN, S., «Evolution for Our Time: A Theory of Legal Memetics», en *Current Legal Problems* 55 (2002), pp. 1-42.
- DEL PESO NAVARRO, E., «La Protección de Datos y la Privacidad en Internet», en *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático* 33 (2000), pp. 61-86.
- DELGADO, A., «Nuevas (y viejas) formas de censura de la información en Internet», en *Cuadernos de Periodistas* 29 (2015), pp. 110-118.
- DENZAU, A. & NORTH, D. C., «Shared Mental Models: Ideologies and Institutions», en *Kyklos* 47 (1994), pp. 3-31.
- DEQUECH, D., «Neoclassical, mainstream, orthodox, and heterodox economics», en *Journal of Post Keynesian Economics* 30 (2014), pp. 279-302.
- DÍAZ SOTO, J. M., «Una aproximación al concepto de discurso del odio», en *Revista Derecho del Estado* 34 (2015), pp. 77-101.

- DITTMAR, J. E., «Information Technology and Economic Change: the Impact of the Printing Press», en *The Quarterly Journal of Economics* 126 (2011), pp. 1133-1172.
- DJURIC, N., et al., «Hate Speech Detection with Comment Embeddings», en *Proceeding WWW '15 Companion Proceedings of the 24th International Conference on World Wide Web* (2015), pp. 29-30.
- DOMÍNGUEZ MEJÍAS, I., «Hacia la memoria selectiva en Internet. Honor, intimidad y propia imagen en la era digital a partir de la jurisprudencia española», en *Revista CTS* 32 (2016), pp. 49-69.
- DORBECK-JUNG, B. R., «What can prudent public regulators learn from the United Kingdom government's nanotechnological regulatory activities?», en *NanoEthics* 1 (2007), pp. 257-270
- DORBECK-JUNG, B., «How Can Hybrid Nanomedical Products Regulation Cope with Wicked Governability Problems?», en *Dimensions of technology regulation*, GOODWIN, M., KOOPS, B. J. & LEENES, L. (Eds.) (2010), pp. 63-82.
- DU LAING, B., «Dual Inheritance Theory, Contract Law, and Institutional Change – Towards the Co-Evolution of Behavior and Institutions», en *German Law* 9 (2008), pp. 491-514.
- DU LAING, B., «Bio-Legal History, Dual Inheritance Theory and Naturalistic Comparative Law: On Content and Context Biases in Legal Evolution», en *Review of Law & Economics* 7 (2011), pp. 685-709.
- DUNN, J., «Virtual Worlds and moral evaluation», en *Ethics and Information Technology* 14 (2012), pp. 255-265.
- EASTERBROOK, F. H., «Cyberspace and the Law of the Horse», en *University of Chicago Legal Forum* 7 (1996), pp. 207-216.
- ECKARDT, M., «Explaining Legal Change from an Evolutionary Economics Perspective», en *German Law Journal* 4 (2008), pp. 437-464.
- EDOSOMWAN, S., et al., «The History of Social Media and its Impact on Business», en *Journal of Applied Management and Entrepreneurship* 16 (2011), pp. 79-91.
- EDWARDS, M. U. JR., *Printing, Propaganda, and Martin Luther*, Berkeley 1994.
- EISENSTEIN, E., *The Printing Revolution in Early Modern Europe*, Cambridge 2005.
- ELLIOT, E. D., «Holmes and Evolution: Legal Process as Artificial Intelligence», en *The Journal of Legal Studies* 13 (1984), pp. 113-146.



- ELLIOT, E. D., «The Evolutionary Tradition in Jurisprudence», en *Columbia Law Review* 85 (1985), pp. 38-94.
- ELLIOT, E. D., ACKERMAN, B. A. & MILLIAN, J. C., «Toward a Theory of Statutory Evolution: The Federalization of Environmental Law», en *The Journal of Law, Economics, and Organization* 1 (1985), pp. 313-340.
- EPSTEIN, R., «A Taste for Privacy?: Evolution and the Emergence of a Naturalistic Ethic», en *J. Legal Stud.* 9 (1980), pp. 665-681.
- EPSTEIN, S. R., «Craft guilds in the pre-modern economy: a discussion», en *Economic History Review* 81 (2008), pp. 155-174.
- ERJAVEC, K. & POLER KOVAČIČ, M., «"You Don't Understand, This is a New War!" Analysis of Hate Speech in News Web Sites», en *Mass Communication and Society* 15 (2012), pp. 899-920.
- ESQUIVEL ALONSO, Y., «El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos», en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 35 (2016), pp. 3-44.
- EURÍPIDES SUPPLICANTES, *Tragedias II*, Madrid 1995.
- EVANS, D., *The Internet of Things—How the Next Evolution of the Internet Is Changing Everything* (2011), en [www.cisco.com/c/dam/en\\_us/about/ac79/docs/innov/IoT\\_IBSG\\_0411FINAL.pdf](http://www.cisco.com/c/dam/en_us/about/ac79/docs/innov/IoT_IBSG_0411FINAL.pdf) f. (Consultado 26/09/2017).
- FANG, I. A., *History of Mass Communication. Six Information revolutions*, Boston 1997.
- FEENBERG, A., *Transforming Technology. A critical Theory Revisited*, New York 2002.
- FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L., «La Regulación de la Libertad de Expresión en Internet en Estados Unidos y en la Unión Europea», en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* 103 (199), pp. 149-169.
- FLORIDI, L., «A look into the Future Impact of ICT on Our Lives», en *The Information Society: An International Journal* 23 (2007), pp. 59-64.
- FREDERICK VON SAVIGNY, *On the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*, London 1831.
- FREEMAN, E. H., «The Telegraph and Personal Privacy: A Historical and Legal Perspective», en *EDPACS: The EDP Audit, Control, and Security Newsletter* 46 (2012), pp. 9-20.

- FREGOSO ZÁRATE, J., «Internet y libertad de expresión», en *AIDA* 4 (2008), pp. 113-156.
- FREMDLING, R., «Industrialization and Scientific and Technological Progress», en *History of Humanity (Vol. VI The Nineteenth Century)*, MATHIAS, P., & TODOROV, N. (Eds.), Londres 2008, pp. 80-94.
- FRIED, M. S., «The evolution of legal concepts: the memetics perspective», en *Jurimetrics* 39 (1999), pp. 291-316.
- FRIEDMAN, D. D., «Does Technology Require New Law», en *Harvard Journal of Law & Public Policy* 25 (2001), pp. 71-85.
- FUENTES OSORIO, J. L., «El odio como delito», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 19 (2017), pp. 19-27.
- FÜSSEL, S., «Gutenberg and Today's Media Change», en *Publishing Research Quarterly* 16 (2001), pp. 3-10.
- GAGER, E. B., «Book Review», en *Yale Law Journal* 8 (1919) (reviewing KOCUREK, A. & WIGMORE, J. H., *Formative Influences of Legal Development*, Brown 1918), pp. 617-619.
- GALANTER, M., «Conceptualizing Legal Change and Its Effects: A Comment on George Priest's "Measuring Legal Change"», en *Journal of Law, Economics & Organization* 3 (1987), pp. 235-241.
- GARCÍA DE PABLOS, J. F., «El derecho al olvido en la red», en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* 36 (2014), pp. 47-66.
- GARCÍA MIRETE, C. M. (Coord.), *Derecho TIC. Derecho de las tecnologías de la información y de la comunicación*, LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A. (Dir.), Valencia 2016.
- GARCÍA MORALES, M. J., «La prohibición de la censura en la era digital», en *Teoría y realidad digital* 31 (2013), pp. 237-276.
- GARCÍA SANZ, J., «La protección civil frente a la utilización in consentida de la propia imagen para fines publicitarios o comerciales. Doctrina judicial», en *inDret: Revista para el Análisis del Derecho* 1 (2008), pp. 1-27.
- GASCÓN CUENCA, A., «Evolución jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 26 (2012), pp. 310-340.

- GASCÓN CUENCA, A., «La nueva regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: la modificación del artículo 510 CP», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 32 (2015), pp. 72-92.
- GEISLER, D. M., «Modern Interpretation Theory and Competitive Forensics: Understanding Hermeneutic Text», en *National Forensic Journal* III (1985), pp. 71-79.
- GELB, I. J., *A Study of Writing*, Chicago 1963.
- GENNAIOLI, N., «Contracting in the Shadow of the Law», en *SSRN Electronic Journal* (2006) <https://ssrn.com/abstract=813664> (Consultado 25/01/2018), pp. 1-32.
- GENNAIOLI, N. & SHLEIFER, A., «Overruling and the instability of law», en *Journal of Comparative Economics* 34 (2007), pp. 309-328.
- GENNAIOLI, N. & SHLEIFER, A., «The Evolution of Common Law», en *Journal of Political Economy* 115 (2007), pp. 43-68.
- GENUS, A. & STIRLING, A., «Collingridge and the dilemma of control: Towards responsible and accountable innovation», en *Research Policy* 47 (2018), pp. 61-69.
- GIBBONS, LL. J., «No Regulation, Government Regulation or Self-Regulation: Social Enforcement or Social Contracting for Governance in Cyberspace», in *Cornell Journal of Law and Public Policy* 6 (1997), pp. 475-551.
- GIBBS, J. P., «The Sociology of Law and Normative Phenomena», en *American Sociological Review* 31 (1966), pp. 315-325.
- GIFFORD, D. G., «Public Nuisance as a Mass Products Liability Tort», en *University of Cincinnati Law Review* 7 (2003), pp. 741-837.
- GIL VALLILENGUA, L., «Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen en las redes sociales: la difusión no consentida de imágenes», en *REDUR* 14 (2016), pp. 161-190.
- GINGERICH, O., «Copernicus and the Impact of Printing», en *Vistas and Astronomy* 17 (1975), pp. 201-218.
- GLENN, H. P., «Doin' the Transsystemic: Legal Systems and Legal Traditions», en *McGill Law Journal* 50 (2005) pp. 863-898.

- GÓMEZ CORONA, E., «Derecho a la propia imagen, nuevas tecnologías e internet», en *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, COTINO HUESO, L. (Ed.), pp. 444-466.
- GÓMEZ GARRIDO, J., «Derecho al honor y persona jurídico-privada», en *REDUR* 8 (2010), pp. 205-225.
- GONZÁLEZ SAN JUÁN, J. L., «Jurisprudencia española sobre la protección del honor, la intimidad y la propia imagen en Internet», en *Ibersid* 9 (2015), pp. 83-88.
- GONZALO DOMENECH, J. J., «La aplicación del nuevo RGPD en el contexto del tratamiento de datos en la UE», en *REVISTA LEX MERCATORIA* 6 (2017), pp. 37-42.
- GOODENOUGH, O., «Cultural Replication Theory and Law», en *The Gruter Institute Working Papers on Law, Economics and Evolutionary Biology* 1 (2001), pp. 1-15.
- GOODMAN, J. C., «An Economic theory of the Evolution of Common Law», en *The Journal of Legal Studies* 7 (1978), pp. 393-406.
- GOODWIN, M., «Introduction. A Dimensions Approach to Technology», en *Dimensions of technology regulation*, GOODWIN, M. E. A., KOOPS, B. J. & LEENES, R. E., Nijmegen 2010, pp. 1-17.
- GOODY, J., & WATT, I., «The consequences of Literacy», en *Comparative Studies in Society and History* 5 (1963), pp. 304-345.
- GORDON, R. W., «Recent Trends in Legal Historiography», en *Law Library Journal* 69 (1976), pp. 462-468.
- GOULD, S. J. & LEWONTIN, R. C., «The Spandrels of San Marco and the Panglossian Paradigm: A Critique of the Adaptationist Programme», en *Proc. R. Soc. Lond.* 205 (1979), pp. 581-598.
- GRAHAM PEACE, A., «Balancing Free Speech and Censorship: Academia's Response to the Internet», en *Communications of the ACM* 46 (2003), pp. 104-109.
- GRAZIADEI, M., «Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge», en *Theoretical Inquiries in Law* 10 (2009), pp. 723-743.
- GRIFFY-BROWN, C., EARP, B. D. & ROSAS, O., «Technology and the Good Society», en *Technology in Society* 52 (2017), pp. 1-3.

- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., «Requiem por el derecho a la intimidad en los Smartphone. Análisis de la última jurisprudencia del TC contrastada con la del TEDH», en *Revista Aranzadi Doctrinal* 9 (2014), pp. 61-83.
- GUTWIRTH, S., DE HERT, P. & DE SUTTER, L., «The trouble with technology regulation from a legal perspective. Why Lessig's "optimal mix" will not work», en *Regulating Technologies*, BROWNSWORD, R. & YEUNG, K, (Eds.), Oxford 2008, p. 193-218.
- HAFNER, K., & LYON, M., *Where Wizards Stay Up Late. The Origins of Internet*, Nueva York 1998.
- HAGSTROM, A., «The Catholic Church and Censorship in Literature, Books, Drama, and Film», en *Analytic Teaching and Philosophical Praxis* 23 (2003), pp. 147-156.
- HAMADE, S. N., «Internet Filtering and Censorship», en *Fifth International Conference on Information Technology: New Generations* (2008), pp. 1081-1086.
- HART, H. L. A., *El Concepto del Derecho*, Buenos Aires 2009.
- HARVEY, D. J., *The Law Emprynted and Englysed*, Auckland 2012.
- HAYEK, F. A., *Law, Legislation and Liberty*, London 1982.
- HEGE, B. A. R., *Luther Goes Viral: Mass Communication in the Lutheran Reformation* (2017), en [http://digitalcommons.butler.edu/facsch\\_papers/981](http://digitalcommons.butler.edu/facsch_papers/981) (Consultado 10/10/2017), pp. 1-11.
- HEINER, R. A., «Imperfect Decisions and the Law: On the Evolution of Legal Precedent and Rules» en *The Journal of Legal Studies* 15 (1986), pp. 227-261.
- HENRY SUMMER MAINE, (1861) *Ancient Law: Its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, London 1908.
- HIBERT, M., & LÓPEZ, P., «The World's Technological Capacity to Store, Communicate, and Compute Information», en *Science* 332 (2011), pp. 60-65.
- HILDEBRANDT, M., «A Vision of Ambient Law» en *Regulating Technologies. Legal Futures, Regulatory Frames and Technological Fixed*, BROWNSWORD, R., & YEUNG, K. (Eds.), Portland 2008, p. 174-192.
- HILDEBRANDT, M., «Legal and technological normativity: more (and less) than twin sisters», en *Techné* 12 (2008), pp. 169-183.

- HILDEBRANDT, M., «Profiling and the rule of law», en *Identity in the Information Society* 1 (2008), pp. 55-70.
- HILDEBRANDT, M., *Smart Technologies and the End(s) of Law*, Northampton 2015, pp. 126-127.
- HIRSHLEIFER, J., «Natural economy versus political economy», en *Journal of Social and Biological Structures* 1 (1978), pp. 319-337.
- HIRSHLEIFER, J., «Privacy: Its Origin, Function, and Future», en *The Journal of Legal Studies* 9 (1980), p. 649-664.
- HOFFMAN, D. L., NOVAK, T. P., & VENKATESH, A., «Has the Internet Become Indispensable?», en *Communications of the ACM* 47 (2004), pp. 37-42.
- HOVENKAMP, H. J., «Evolutionary Models in Jurisprudence», en *Texas Law Review* 64 (1985), pp. 645-685.
- ICANN., *Beginner's Guide to Internet Protocol (IP) Addresses*, (2011), en <https://www.icann.org/en/system/files/files/ip-addresses-beginners-guide-04mar11-en.pdf> (Consultado 20/10/2017).
- INNIS, H. A. «The Bias of Communication», en *The Canadian Journal of Economics and Political Science* 15 (1949), pp. 457-476.
- JASANOFF, S., *Science at the Bar. Law, Science, and Technology in America*, Cambridge 1995.
- JOHN, R. R., «The Politics of Innovation», en *Daedalus* 127 (1998) pp. 187-214.
- JOHNSTON, R., «Controlling Technology: An Issue for the Social Studies of Science», en *Social Studies of Science* 14 (1984), pp. 97-113.
- JONES, O. D. & GOLDSMITH, T. H., «Law and Behavioral Biology», en *Columbia Law review* 105 (2005), pp. 405-502.
- JONES, O. D., «Propriocepcion, non-law and biolegal history», en *Florida Law Review* 53 (2001), pp. 831-874.
- KAHAN, D. M., «Gentle Nudges vs Hard Shoves: Solving the Sticky Norms Problem», en *The University of Chicago Law Review* 67 (2000), pp. 607-645.
- KAHN-FREUND, O., «On Uses and Misuses of comparative Law», en *The Modern Law Review* 37 (1974), pp. 1-27.

- KATSH, E., «Law in a Digital World: Computer Networks and Cyberspace», en *Villanova Law Review* 38 (1993), pp. 403-485.
- KELLER, A. G., «Law in Evolution», en *The Yale Law Journal* 28 (1919), pp. 769-783.
- KELLY, S. & COOK, S., «Freedom on the Net 2011: A Global Assessment of Internet and Digital Media», en *Freedom House*, <https://freedomhouse.org/report/freedom-net/freedom-net-2011> (Consultado 02/06/2018).
- KESSLER, F., «Arthur Linton Corbin», en *The Yale Law Journal* 78 (1969), pp. 517-524.
- KIRAN, A., «Does responsible innovation presuppose design instrumentalism?: Examining the case of telecare at home in the Netherlands», en *Technology in Society* 34 (2012), pp. 216-226.
- KIRAN, A., «Responsible Design. A Conceptual Look at Interdependent Design-Use Dynamics», en *Philosophy & Technology* 25 (2012), pp. 179-198.
- KIRBY, M., *The fundamental problema of regulating technology*, en *Professionalism in the Information and Communication Technology Industry*, WECKERT, J. & LUCAS, R. (Eds.), Camberra 2013, pp. 11-37.
- KLEINROCK, L., «An Early History of the Internet», en *IEEE Communications Magazine* 48 (2010), pp. 26-36..
- KLINK, T., «La actual posición del Tribunal Supremo alemán ante la libertad de expresión en la red, el caso de la 'chuleta'-'spickmich.de'», en *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, COTINO HUESO, L. (Ed.), Valencia 2011, pp. 88-98.
- KOCOUREK, A. & WIGMORE, J. H. *Evolution of law; Select readings on the origin and development of legal institutions*, Vol I Sources of Ancient and Primitive Law, Boston 1915-1918.
- KOOPS, B. J., «Criteria for Normative Technology: An Essay on the Acceptability of "Code as Law" in Light of Democratic and Constitutional Values», en *Regulating Technologies*, BROWNSWORD, R. & YEUNG, K. (Eds.), Oxford 2007, pp. 157-174.
- KOOPS, B. J., «Ten dimensions of technology regulation: Finding your bearings in the research space of an emerging discipline», en *Dimensions of technology*

- regulation*, GOODWIN, M. E. A., KOOPS, B. J. & LEENES, R. E. (Eds.), Nijmegen 2010, pp. 309-324.
- KORNHAUSER L. A. (1988) «The New Economic Analysis of Law: Legal Rules as Incentives», en *Law and Economics. Recent Economic Thought Series*, MERCURO, N. (Ed.), Dordrecht 1988, pp. 27-55.
- KROTOSZYNSKI, R. J. JR., «Defamation in the Digital Age: Some Comparative Law Observations on the Difficulty of Reconciling Free Speech and Reputation in the Emerging Global Village», en *Washington and Lee Law Review* 62 (2005), pp. 339-353.
- KVIATEK, B., *Explaining Legal Transplants: Transplantation of EU Law into Central Eastern Europe*, Groningen 2015.
- LIDLAW, E. B., «A framework for identifying Internet information gatekeepers», en *International Review of Law, Computers & Technology* 24 (2010), pp. 263-276.
- LANDES, W. M. & POSNER, R. A., «Adjudication as a Private Good», en *The Journal of Legal Studies* 8 (1979), pp. 235-284.
- LATOUR, B., *Reassembling the Social. An Introduction to Actor-Network-Theory*, New York 2005.
- LEE, M., «Beyond Safety? The Broadening Scope of Risk Regulation», en *Current Legal Problems* 62 (2009), pp. 242-285.
- LEENES, R., «Framing Techno-Regulation: an Exploration of State and non-State Regulation by Technology», en *Legisprudence* 5 (2011), pp. 143-169.
- LEGRAND, P., «The Impossibility of “Legal Transplants”», en *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 4 (1997), pp. 111-124.
- LEGRAND, P., «The same and the different», en *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, LEGRAND, P. & MUNDAY, R. (Eds.), Cambridge 2003, pp. 240-311.
- LEIGH YOUNG, A. & QUAN-HAASE, A., «Privacy protection strategies on Facebook. The Internet privacy paradox revisited», en *Information, Communication & Society* 16 (2015), pp. 479-500.
- LEINER, B. M. et al., «Brief history of the Internet», en *ACM SIGCOMM Computer Communication Review* 39 (2009), pp. 22-31.



- LENARD, M., «On the Origin, Development and Demise of the Index Librorum Prohibitorum», en *Journal of Access Services* 3 (2006), pp. 51-63.
- LESSIG, L., «The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach», en *Harvard Law Review* 113 (1999), pp. 510-549.
- LESSIG, L., *Code*, New York 2006.
- LEVY, P., *¿Qué es lo virtual?*, Barcelona 1999.
- LICKLIDER, J. C. R., & CLARK, W. E., «On-Line Man-Computer Communication», en *Managing Requirements Knowledge, International Workshop on (AFIPS)*, San Francisco 1962, pp. 113-127.
- LIEBERMAN, L. & REYNOLDS, L., «Race and Racism in the Academy and of the Streets», en *Michigan Sociological Review* 5 (1991), pp. 19-30.
- LIEBERT, W. & SCHMIDT, J. C., «Collingridge's dilemma and technoscience», en *Poiesis Prax* 7 (2010), pp. 55-71.
- LINDENBERG, S., «The Cognitive Turn in Institutional Analysis: Beyond NIE and NIS?», en *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 154 (1998), pp. 716-727.
- LONDOÑO, A. M., *El Internet en el Derecho Colombiano*, Bogotá 2000.
- LÓPEZ ORTEGA, A. I., «Análisis de los delitos de odio en España (2011-2015)», en *Pensamiento al margen. Revista digital* 6 (2017), pp. 1-52.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Insultos online, ¿soluciones offline?», en *Actualidad jurídica Aranzadi* 912 (2015), p. 9.
- LÓPEZ, G., «La relación de los periodistas con los lectores. Gestión de la participación del público, sistemas de moderación y modelos de espacio público», en *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, COTINO HUESO, L. (Ed.), Valencia 2011, pp. 116-123.
- LÓPEZ-BONAFONT, G., «La espiral del silencio, los movimientos sociales y la web 2.0», en *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, COTINO HUESO, L. (Ed.), Valencia 2011, pp. 222-225.
- LUMSDEN, C. K. & WILSON, E. O., «The relation between biological and cultural evolution», en *Journal of Social and Biological Structures* 8 (1985), pp. 343-359.

- MALIN, B. J., «Failed Transmissions and Broken Hearts. The telegraph, communications law and the emotional responsibilities of new technology», en *Media History* 17 (2011), pp. 331-344.
- MANDEL, G. N., «History lessons for a General Theory of Law and Technology», en *Minn. J. L. Sci. & Tech.* 8 (2007), pp. 551-570.
- MARAKAS, G. E., JOHNSON, R. D. & PALMER, J. W., «A theoretical model of differential social attributions toward computing technology: when the metaphor becomes the model», en *Int. J. Human-Computer Studies* 52 (2000), pp. 719-750.
- MARÍN ÁNGELES, M., «Identidades físicas y digitales en un mundo global interconectado», en *Ponencia presentada en XVI Congreso Nacional y II Internacional de Modelos de Investigación Educativa*, Alicante 2013, pp. 1-37.
- MARKOFF, J., «Entrepreneurs See a Web Guided by Common Sense», en *The New York Times* (2006), en <https://www.nytimes.com/2006/11/12/business/12web.html> (Consultado 19/11/2017).
- MARTIN HERRERA, D., «Constitucionalidad del Discurso de Odio. Cuando el “Hate Speech” se convierte en “Hate Crime”», en *Comunicación en el XI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España* (2013), pp. 1-17.
- MARTIN, P. W., «The Internet: “Full and Unfettered Access” to Law – Some Implications», en *Cornell Northern Kentucky Law Review* 26 (1999), pp. 181-209.
- MARTÍNEZ OTERO, J. M., «Derechos fundamentales y publicación de imágenes ajenas en las redes sociales sin consentimiento», en *Revista Española de Derecho Constitucional* 106 (2016), pp. 119-148.
- MARZUELO-BELLIDO, A., «Soft Law. ¿Mucho ruido y pocas nueces?», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 8 (2004), pp. 1-40.
- MASON, A., «Law and Economics: Monash Law School Foundation Lecture», en *Monash University Law Review* 17 (1991), pp. 167-181.
- MASSIE, W. W. & UNDERHILL, C. R., «The Future of the Wireless Art», en *Wireless Telegraphy and Telephony* (1908), pp. 67-71.
- MAZZACANO, P., «The Lex Mercatoria as Autonomous Law», en *Comparative Research in Law & Political Economy* 4 (2008), pp. 1-14.

- MEGÍAS QUIRÓS, J. J., «Privacidad e internet: intimidad, comunicaciones y datos personales», en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época* 3 (2002) pp. 515-560.
- MENDOZA MARTÍNEZ, L. A., *La acción civil del daño moral*, México 2014.
- MERKLI, W., «From movable type to the microchip. Landmarks in printing», en *The Unesco Courier* (1988), pp. 4-9.
- MICK, D. G. & FOURNIER, S., «Paradoxes of Technology: Consumer Cognizance, Emotions, and Coping Strategies», en *Journal of Consumer Research* 25 (1998), pp. 123-143.
- MINDA, G., «The Lawyer - Economist at Chicago: Richard A. Posner and the Economic Analysis of Law», en *Ohio State Law Journal* 39 (1978), pp. 439-475.
- MONATERI, P. G., «Methods in comparative law: an intellectual overview», en *Methods of Comparative Law*, MONATERI, P.G. (Ed.), Cheltenham 2012, pp. 7-24.
- MORÁN GARRIDO, T., «El derecho a la propia imagen», en *Revista FEFPI*, pp. 16-21.
- MORAN, T. P., *Introduction to the History of Communication: Evolutions and Revolutions*, New York 2010.
- MOSES, L. B., «Adapting the Law to Technological Change: A Comparison of Common Law and Legislation», en *UNSW Law Journal* 26 (2003), pp. 394-417.
- MOSES, L. B., «How to Think about Law, Regulation and Technology: Problems with “Technology” as a Regulatory Target», en *Law, Innovation and Technology* 5 (2013), pp. 1-20.
- MOSES, L. B., «The Legal Landscape Following Technological Change: Paths to Adaptation», en *Bulletin of Science, Technology & Society* 27 (2007), pp. 408-416.
- MOSES, L. B., «Understanding Legal Responses to Technological Change: The Example of In Vitro Fertilization», en *Minn. J. L. Sci. & Tech.* 6 (2005), pp. 505-618.
- MOSES, L. B., «Why Have a Theory of Law Technological Change?», en *Minn. J. L. Sci. & Tech.* 8 (2007), pp. 589-606.
- MOUSOURAKIS, G., «Conceptualizing Legal Change: A Comparative Law Approach», en *Acta Juridica Hungarica* 48 (2007), pp. 259-280.

- MOUSOURAKIS, G., «Transplanting Legal Models across Culturally Diverse Societies: A Comparative Law Perspective», en *Osaka University Law Review* 57 (2010), pp. 87-106.
- MULANI, T. T. & PINGLE, S. V., «Internet of Things», en *International Research Journal of Multidisciplinary Studies* 2 (2016), pp. 1-4.
- MUÑOZ CUESTA, F. J., «Apología o provocación al delito a través de las redes sociales», en *Actualidad Jurídica Aranzadi* 3 (2014), p. 1-3.
- MURRAY, A. D., «Controlling the New Media: Hybrid Responses to New Forms of Power», en *the Modern Law Review* 65 (2002), pp. 491-516.
- MURRAY, A. D., «Nodes and Gravity in Virtual Space», en *Legisprudence* 5 (2011), pp. 195-221.
- MURUGESAN, S., «Understanding Web 2.0», en *IT Professional* 9 (2007), pp. 34-41.
- NIETO, M. B. & MONTESANO, M. I., «Redes sociales y derecho a la intimidad de los menores de edad» (2016), en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/redes-sociales-derecho-intimidad-nieto.pdf> (Consultado en 05/03/2018).
- NOAIN SÁNCHEZ, A., *La protección de la intimidad y vida privada en internet: la integridad contextual y los flujos de información en las redes sociales (2004-2014)*, Madrid 2016.
- NOELLE-NEUMANN, E., «La espiral del silencio. La opinión pública y los efectos de los medios de comunicación», en *Comunicación y sociedad* VI 1-2 (1993), pp. 9-28.
- OATES, S., *Revolution Stalled. The Political Limits of the Internet in the Post-Soviet sphere*, New York 2013.
- OGILVIE, S., «The Economics of Guilds», en *Journal of Economic Perspectives* 28 (2014), pp. 169-192.
- OLDENZIEL, R., DE LABRUHÈZE, A. A. & DE WIT, O., «Europe's Mediation Junction: Technology and Consumer Society in the 20th Century», en *History and Technology* 21 (2005), pp. 107-139.
- OLIVA MARAÑÓN, C., «Redes sociales y jóvenes: una intimidad cuestionada en Internet», en *APOSTA. Revista de Ciencias Sociales* 54 (2012), pp. 1-16.

- OLIVER WENDELL HOLMES JR., «Law in Science and Science in Law», en *Harvard Law Review* 25 (1889), pp. 443-463.
- OLIVER WENDELL HOLMES JR., *The Common Law* (1881), PEREIRA, P. J. S. & BELTRAN, D. M. (Eds.), Toronto 2011.
- OLSON, D. R., «How writing represents speech», en *Language & Communication* 13 (1993), pp. 1-17.
- OLSON, D. R., «The History of Writing» en *The SAGE Handbook of Writing Development*, BEARD, R., MYHILL, D., NYSTRAND, M., & RILEY, J. (Eds.), Londres 2009, pp. 6-16.
- ORDÓÑEZ SOLIS, D., «El derecho al olvido en internet y la sentencia Google Spain», en *Revista Aranzadi Unión Europea* 6 (2014), pp. 1-53.
- PADILLA RUIZ, P., «El conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista Aranzadi Doctrinal* 1 (2011), pp. 173-174.
- PALMERINI, E., «The interplay between law and technology, or the RoboLaw Project in context», en *Law and Technology. The Challenge of Regulating Technological Development*, PALMERINI, E. & STRADELLA, E. (Eds.), Pisa 2013, pp. 7-24.
- PAPIC, Z. M., KARANAC, R., & PAPIC, M., «Possibilities of using certain social network in education», en *Journal Plus Education* 16 (2016), pp. 234-242.
- PARVATHI, M., & MARISELVI, R., «A bird's eye on the Evolution - Web 1.0 to Web 5.0: Lib 1.0 to Lib 5.0», en *International Journal of Advanced Research Trends in Engineering and Technology* 4 (2017), pp. 167-176.
- PELÁEZ FERNÁNDEZ, P., «Redes sociales y derecho fundamental a la intimidad en los menores», en *CADUP* (2015) pp. 1-14.
- PENNEY, J. W., «Understanding The New Virtualist Paradigm», en *Journal of Internet Law* 8 (2009), en <https://ssrn.com/abstract=1355392> (Consultado 10/02/2018).
- PÉREZ ARIZA, C., «La libertad de expresión, en el paradigma de las nuevas tecnologías y la sociedad de la información», en *Revista Latina de Comunicación Social* 61 (2006), pp. 1-18.

- PÉREZ-MADRID, F., «Incitación al odio religioso o “hate speech” y libertad de expresión», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 19 (2009), pp. 1-28.
- PERRY, D. G., BLUMENTHAL, S. H., & HINDEN, R. M., «The ARPANET and the DARPA Internet», en *Library Hi Tech* 6 (1988), pp. 51-62.
- PESCHKE, Z., «The Impact of the Black Death», en *ESSAI* 5 (2007), pp. 111-114.
- PETTEGREE, A., & HALL, M., «The Reformation and the Book», en *The Historical Journal* 47 (2004), pp. 795-808.
- PHILLIPS, R. J., «Digital Technology and Institutional Change from the Gilded Age to Modern Times: The Impact of the Telegraph and the Internet», en *Journal of Economic Issues* 34 (2000), pp. 267-289.
- PICKER, R. C., «An introduction to Game Theory and the Law», en *Coase-Sandor Institute for Law & Economics* 22 (1994), pp. 1-23.
- PLATERO ALCÓN, A., «El derecho al olvido en internet. El fenómeno de los motores de búsqueda», en *Opinión Jurídica* 15 (2016), pp. 243-260.
- PLATÓN, *Obras Completas de Platón*, Tomo 2, DE AZCÁRATE, P. (Ed.), Madrid 1872.
- POSADA GUTIÉRREZ, L. M., «Protección del derecho a la intimidad en las redes sociales», en *Especialización Derecho Administrativo* 410, Bogotá 2017, en <http://repository.usta.edu.co/handle/11634/2126> (Consultado 25/03/2018), pp. 1-21.
- POSNER, R. A., «What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)», en *Supreme Court Economic Review* 3 (1993), pp. 1-26.
- POSNER, R. A., *El Análisis Económico del Derecho*, México 2000, pp. 7-33.
- POSNER, R., «Savigny, Holmes, and the Law and Economics of Possession», en *Virginia Law Review* 86 (2000), pp. 535-567.
- POWELL, B.B., «Why Was the Greek Alphabet Invented? The Epigraphical Evidence», en *Classical Antiquity* 8 (1989), pp. 321-350.
- PRICE, M., «The Newness of New Technology», en *Cardozo Law Review* 22 (2001), pp. 1885-1913.
- PRIEST, G. L. & KLEIN, B., «The Selection of Disputes for Litigation», en *The Journal of Legal Studies* 13 (1984), pp. 1-55.

- PRIEST, G. L., «Reexamining the Selection Hypothesis: Learning from Wittman's Mistakes», en *The Journal of Legal Studies* 14 (1985), pp. 215-243.
- PRIEST, G. L., «Social Science Theory and Legal Education: The Law School as University», en *Faculty Scholarship Series* 574 (1983), pp. 437-441.
- PRIEST, G. L., «The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules», en *The Journal of Legal Studies* 6 (1977), pp. 65-82.
- RAAB, C. D. & DE HERT, P., «Tools for Technology Regulation: Seeking analytical Approaches Beyond Lessig and Hood», en *Regulating Technologies. Legal Futures, Regulatory Frames and Technological Fixed*, BROWNSWORD, R. & YEUNG, K. (Eds.), Portland 2008, pp. 263-286.
- RABBAN, D. M., «American Legal Thought in Transatlantic Context, 1870-1914», en *Clio@Thémis. Revue électronique d'histoire du droit* 9 (2015), pp. 1-15.
- RAHMATIAN, A., «The property theory of Lord Kames (Henry Home)», en *International Journal of Law in Context* 2 (2006), pp. 177-205.
- REBOLLO DELGADO, L., «Veinticinco años de relación entre la informática y los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar», en *Revista de Derecho Político* 58-59 (2003-2004), pp. 215-239.
- REIDENBERG, J. R., «Lex Informatica, The Formulation of Information Policy Rules Through Technology», en *Texas Law Review* 76 (1998), pp. 553-593.
- REIDENBERG, J. R., «States and Internet Enforcement», en *U. Ottawa L. & Tech. J.* 1 (2004), pp. 213-230.
- REIMANN, M., «Nineteenth Century German Legal Science», en *Boston College Law Review* 31 (1990), pp. 837-897.
- RHEINGOLD, H., *La comunidad virtual: una sociedad sin fronteras*, Barcelona 1996.
- RICHARDSON, G., «Guilds, laws, and markets for manufactured merchandise in late-medieval England», en *Explorations in Economic History* 41 (2004), pp. 1-25.
- RICO CARRILLO, M., «El impacto de Internet y las redes sociales en el derecho a la libertad de expresión», en *Revista Filosofía Jurídica, Social y Política* 19 (2012), pp. 331-349.
- RIP, A., «De Facto Governance of Nanotechnologies», en *Dimensions of technology regulation*, GOODWIN, M., KOOPS, B. J. & LEENES, L. (Eds.), Nijmegen 2010, pp. 287-310.

- RIZZO, M. J., «The Mirage of Efficiency», en *Hofstra Law Review* 8 (1980), pp. 641-658.
- ROBERTSON, D. S., «The Information Revolution», en *Communication Research* 17 (1990), pp. 235-254.
- ROBINSON, P. H., KURZBAN, R. O. & JONES, O. D., «The Origins of Shared Intuitions of Justice», en *Vanderbilt Law Review* 60 (2007), pp. 1633-1688.
- RODES, R. E. JR., «On the Historical School of Jurisprudence», en *The American Journal of Jurisprudence* 49 (2004), pp. 165-184.
- RODGERS, W. H. JR., «Bringing People Back: Toward A Comprehensive Theory of Taking In Natural Resources Law», en *Ecology Law Quarterly* 10 (1982), pp. 205-252.
- RODGERS, W. H. JR., «Building Theories of Judicial Review in Natural Resources Law», en *University of Colorado Law Review* 53 (1981), pp. 213-228.
- RODOTÀ, S., «Derecho, ciencia, tecnología: modelos y decisiones de regulación», en *Derecho PUCP* 57 (2014), pp. 105-121.
- RODOTÀ, S., *Technology and regulation: a two-way discourse*, en *Law and Technology. The Challenge of Regulating Technological Development*, PALMERINI, E. & STRADELLA, E. (Eds.), Pisa 2013, pp. 27-35.
- RODRIGUES DA CUNHA E CRUZ, M. A., «El concepto constitucional del derecho a la propia imagen en España y Brasil», en *Chapecó* 14 (2013), pp. 349-384.
- RODRÍGUEZ EXPÓSITO, C., «Discurso del Odio o Hate Speech», en *CRIMINA* <http://crimina.es/crimipedia/topics/discurso-del-odio-hate-speech/> (Consultado 27/03/2018).
- RODRÍGUEZ GARCÍA, L. F., «Políticas de la “Federal Communications Commission” en materia de neutralidad de la red», en *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, COTINO HUESO, L. (Ed.), Valencia 2011, pp. 99-113.
- ROE, M. J., «Chaos and Evolution in Law and Economics», en *Harvard Law Review* 109 (1996), pp. 641-668.
- ROGERS, E. M., *Communication Technology: The New Media in Society*, New York 1986.



- ROMERO PÉREZ, X. L., «El alcance del derecho a la intimidad en la sociedad actual», en *Revista Derecho del Estado* 21 (2008), pp. 209-222.
- ROSS, R. J., «Communications Revolutions and Legal Culture: An Elusive Relationship», en *Law & Social Inquiry* 27 (2002), pp. 637-684.
- ROSS, R. J., «The Commoning or the Common Law: the Renaissance Debate over Printing English Law, 1520-1640», en *University of Pennsylvania Law Review* 146 (1998), pp. 324-461.
- RUBIN, J., «Printing and Protestants: an Empirical Test of the Role of Printing in the Reformation» en *Review of Economics and Statistics* 96 (2014), pp. 270-286.
- RUBIN, P. H., «Why Is the Common Law Efficient?», en *The Journal of Legal Studies* 6 (1977), pp. 51-63.
- RUBIN, P. H., «Judge-made law», in *Encyclopedia of Law and Economics, vol. 5: The Economics of Crime and Litigation*, BOUCKAERT, B. & DE GEES, G. (Eds.), Cheltenham and Northampton 2000, pp. 543-558.
- RUBLACK, U., *Reformation Europe*, Cambridge 2017.
- RUHL, J. B., «The Fitness of Law: Using Complexity Theory to Describe the Evolution of Law and Society and its Practical Meaning for Democracy», en *Vanderbilt Law Review* 49 (1996), pp. 1407-1490.
- RUSELL, S. & WILLIAMS, R., «Social Shaping of Technology: Frameworks, Findings and Implications for Policy, with Glossary of Social Shaping Concepts», en *Shaping Technology, Guiding Policy: Concepts, Spaces and Tools*, SØRENSEN, K. H. & WILLIAMS, R. (Eds.), Aldershot 2002, p. 35-112.
- RUSSELL, A. W., VANCALY, F. M. & ASLIN, H. J., «Technology Assessment in Social Context: The case for a new framework for assessing and shaping technological developments», en *Impact Assessment and Project Appraisal* 28 (2010), pp. 109-116.
- SAMUELS, W. J. & MERCURO, N., «Posnerian Law and Economics on the Bench», en *International Review of Law and Economics* 4 (1984), pp. 107-130.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A., «El marco normativo tradicional para la protección de los derechos de la personalidad del menor. ¿Alguna asignatura pendiente en el siglo XXI?», en *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal* 11 (2016), pp. 29-79.

- SÁNCHEZ GÓMEZ, A., «Las nuevas tecnologías y su impacto en los derechos al honor, intimidad, imagen y protección de datos del menor. Mecanismos jurídicos de protección: carencias, interrogantes y retos del legislador», en *Rev. Boliv. De Derecho* 23 (2017), p. 168-191.
- SANJURJO REBOLLO, B., *Manual de Internet y de Redes Sociales*, Madrid 2015.
- SANTORO, G. M., «The internet: An overview», en *Communication Education* 43 (1994), pp. 73-86.
- SCHMANDT-BESSERAT, D., & ERARD, M., «Origins and Forms of Writing», en *Handbook of Research on Writing*, BAZERMAN, C. (Ed.), New York 2008, pp. 7-26.
- SCHMANDT-BESSERAT, D., «From Tokens to Writing: the Pursuit of Abstraction», en *Bulletin of the Georgian National Academy of Sciences* 175 (2007), pp. 162-167.
- SCHNEIDER, B., *A Revised Taxonomy of Social Networking Data*, en [https://www.schneier.com/blog/archives/2010/08/a\\_taxonomy\\_of\\_s\\_1.html](https://www.schneier.com/blog/archives/2010/08/a_taxonomy_of_s_1.html) (Consultado 08/02/2018).
- SCHWARTZ, R. D. & MILLER, J. C., «Legal Evolution and Societal Complexity», en *American Journal of Sociology* 70 (1964), pp. 159-169.
- SCOTT, E. S., «Social Norms and the Legal Regulation of Marriage», en *Virginia Law Review* 86 (2000), pp. 1901-1970.
- SEGERSTRALE, U., «Colleagues in conflict: An “in vivo” analysis of the sociobiology controversy», en *Biology and Philosophy* 1 (1986), pp. 53-87.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., «Algunas consideraciones sobre los delitos contra el honor en el Código Penal vigente», en *Revista de derecho y proceso penal* 14 (2005), pp. 61-72.
- SHAH, R. C. & KESAN, J. P., «Manipulating the governance characteristic of code», en *Info* 5 (2003), pp. 3-9.
- SHERIDAN, D. P., «The Catholic Case: The Index of Prohibited Books», en *Journal of Hindu-Christian Studies* 19 (2006), pp. 22-26.
- SINCLAIR, M-B. W., «The Use of Evolution Theory in Law», en *University of Detroit Law Review* 64 (1987), pp. 451-477.
- SINGH, A. & CHHAJER, Y., «Savigny’s Voksgeist Theory of Law and Custom and it’s Development», en *International Journal of Research and Analysis* 3 (2015), pp. 10-24.

- ŚLEDZIK, K., «Schumpeter's view on innovation and entrepreneurship», en *Management Trends in Theory and Practice*, HITTMAR, S. (Ed.), (2013), pp. 89-95.
- SLEMBECK, T., «Ideologies, Beliefs and Economic Advice – A Cognitive – Evolutionary View on Economic Policy-Making», en *Public Economics* 12 (2000), pp. 1-31.
- SLEMBECK, T., «The Formation of Economic Policy: A Cognitive-Evolutionary Approach to policy-Making», en *Constitutional Political Economy* 8 (1997), pp. 225-254.
- SMITH, Y. B., «Liability of a Telegraph Company for Transmitting a Defamatory Message», en *Columbia Law Review* 20 (1920), pp. 30-50.
- SMITS, J. M., «Applied Evolutionary Theory: Explaining Legal Change in Transnational and European Private Law», en *German Law Journal* 9 (2008), pp. 477-491.
- SOLANKY, M. R., & DONGAONKAR, A., «A Journey of Human Comfort: Web 1.0 to Web 4.0», en *International Journal of Research and Scientific Innovation* 3 (2016), pp. 75-78.
- SPRUIT, L., «Censorship and Canon: a Note of Some Medieval Works and Authors», en *How the West Was Won*, OTTEN, W., VANDERJAGT, A., & DE VRIES, H. (Eds.), Leiden 2010, pp. 175-194.
- STANDAGE, T., *Technological Notes: The Internet is only as good as its users* (1998), en <https://www.independent.co.uk/arts-entertainment/technological-notes-the-internet-is-only-as-good-as-its-users-1197100.html> (Consultado 27/10/2017).
- STANDAGE, T., *The Victorian Internet: The Remarkable Story of the Telegraph and the Nineteenth Century's On-Line Pioneers*, New York 1998.
- STEIN, P., *Legal Evolution. The story of an idea*, Cambridge 1980.
- STEPHENS, M., «Which Communications Revolutions Is It, Anyway?», en *Journalism & Mass Communications Quarterly* 75 (1998), pp. 9-13.
- STEWART, R. B., «Reconstitutive Law», en *Maryland Law Review* 46 (1986), pp. 86-114.
- STEPHENSON, N., *Snow Crash*, Barcelona 2000.
- STURKEN, M. & THOMAS, D. «Introduction: Technological Visions and the Rhetoric of the New» en *Technological Visions: The Hopes and Fears that Shape New*

- Technologies*, STURKEN, M., THOMAS, D. & BALL-ROKEACH, S. J. (Eds.), Philadelphia 2004, pp. 1-18.
- SUANZES PÉREZ, F., *La protección penal de la intimidad (artículo 197.1 y 197.4 párrafo primero del CP)*, en [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/7\\_13Ponencia\\_Sr%20Suanzes.pdf?idFile=0677b617-03ec-41c8-8651-8d01968c45b7](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/7_13Ponencia_Sr%20Suanzes.pdf?idFile=0677b617-03ec-41c8-8651-8d01968c45b7) (Consultado 10/04/2018), p. 4.
- SUNSTEIN, C. R., «Commentary: On Analogical Reasoning», en *Harvard Law Review* 106 (1993), pp. 741-791.
- TERREBONNE, R. P., «A Strictly Evolutionary Model of Common Law», en *The Journal of Legal Studies* 10 (1981), pp. 397-407.
- THE NEW YORK TIMES, *Responsibility of Telegraph Companies* (1864), en <https://www.nytimes.com/1864/05/09/archives/responsibility-of-telegraph-companies.html> (Consultado 12/12/2017).
- THOMAS, R., «Written in Stone? Liberty, Equality, Orality and the Codification of Law», en *Bulletin of the Institute of Classical Studies* 40 (1995), pp. 59-74.
- TREJO GARCÍA, E., *Regulación jurídica de Internet*, México 2006.
- TSESIS, A., «Hate in Cyberspace: Regulating Hate Speech on the Internet», en *San Diego Law Review* 38 (2001), pp. 818-873.
- TURKLE, S., «Spinningn Technology: What We Are Not Thinking about When We Are Thinking about Computers», en *Technological Visions: The Hopes and Fears that Shape New*, STURKEN, M., THOMAS, D. & BALL-ROKEACH, S. J. (Eds.), Philadelphia 2004, pp. 19-33.
- UNNAMED AUTHOR., *Understanding Media and Culture: An Introduction to Mass Communication*, Minneapolis 2016.
- VAN BLARCUM, C. D., «Internet Hate Speech: The European Framework and the emerging American Haven», en *Washington and Lee Law Review* 62 (2005), pp. 781-830.
- VAN EUNDHOVEN, J. C. M., «Technology Assessment: Product or Process?», en *Technological Forecasting and Social Change* 54 (1997), pp. 269-286.
- VERMESAN, O. et al., *European Commission: Internet of things strategic research roadmap*, en

- [http://www.internet-of-things-research.eu/pdf/IoT\\_Cluster\\_Strategic\\_Research\\_Agenda\\_2009.pdf](http://www.internet-of-things-research.eu/pdf/IoT_Cluster_Strategic_Research_Agenda_2009.pdf)  
(Consultado 05/10/2017) (2009), p. 6.
- VERMEULE, A., «The Invisible Hand in Legal and Political Theory», en *Virginia Law Review* 96 (2010), pp. 1417-1452.
- VILLANUEVA-TURNES, A., «El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y su choque con el derecho a la libertad de expresión y de información en el ordenamiento jurídico español», en *Dikaion* 25 (2016), pp. 190-215.
- VOLPATO, S., *El derecho a la intimidad y las nuevas tecnologías de la información*, Sevilla 2016.
- WACK, R., «Confronting Dogma: Privacy, Free Speech, and the Internet», en *ACM* (2000), pp. 197-204.
- WALTON, F. P., «Historical School of Jurisprudence and Transplantations of Law», en *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 9 (1927), pp. 183-192.
- WARF, B., «Geographies of global Internet censorship», en *GeoJournal* 76 (2011), pp. 1-23.
- WARNER, W. & HIRSCHBERG, J., «Detecting Hate Speech on the World Wide Web», en *Proceeding of the 2012 Workshop on Language in Social Media* (2012), pp. 19-26.
- WASEEM, Z. & HOVY, D., «Hateful Symbols or Hateful People? Predictive Features for Hate Speech Detection on Twitter», en *Proceedings of NAACL-HLT* (2016), pp. 88-93.
- WATSON A., «Comparative Law and Legal Change», en *The Cambridge Law Journal* 37 (1978), pp. 313-336.
- WATSON, A., «Aspects Of Reception Of Law», en *The American Journal of Comparative Law* 44 (1996), pp. 335-351.
- WATSON, A., «Society's Choice and Legal Change», en *Hofstra Law Review* 9 (1981), pp. 1473-1484.
- WELLS, C. P., «Legal Innovation Within the Wider Intellectual Tradition: The Pragmatism of Oliver Wendell Holmes, Jr.», en *Northwestern University Law Review* 82 (1988), pp. 541-595.
- WELLS, H. G., *World Brain*, Londres 1938 (Web edition by eBooks@Adelaide 2014).

- WHITEHEAD, R. & SPIKES, P., «Determining Internet jurisdiction», en *The CPA Journal* 73 (7) (2003), pp. 24-28.
- WIGMORE, J. H., «Problems of the Law's Evolution», en *Virginia Law Review* 4 (1917), pp. 247-272.
- WILSON, E. O., «Man: From Sociobiology to Sociology», en *Sociobiology The New Synthesis*, WILSON, E. O., (Ed.), Cambridge 1975.
- WINNER, L., *Autonomous Technology. Technics-out-of-Control as a Theme in Political Thought*, Cambridge 1978.
- WINOCUR, R., «Transformaciones en el espacio público y privado. La intimidad de los jóvenes en las redes sociales», en *TELOS* (2012), pp. 79-88.
- WOHLGEMUTH, M., «Evolutionary Approaches to Politics», en *KYKLOS* 55 (2002), pp. 223-246.
- WOLFENDALE, J., «My Avatar, myself: Virtual harm and attachment», en *Ethics and Information Technology* 9, (2007), pp. 111-119.
- YANG, S. H. « Internet of Things», en *Wireless Sensor Networks: Signals and Communication Technology*, TUCKER, B. (Ed.), Londres 2014, pp. 247-261.
- YEUNG, K., «Can We Employ Design-Based Regulation While Avoiding Brave New World?», en *Law, Innovation and Technology* 3 (2011), pp. 1-29.
- YU, P. K., «Region Codes and the Territorial Mess», en *Cardozo Arts & Entertainment* 30 (2012), pp. 187-264.
- ZAMBONI, M., «From “Evolutionary Theory and Law” to a “Legal Evolutionary Theory”», en *German Law Journal* 9 (2008), pp. 515-546.
- ZELDIN, W., *U.N. Human Rights Council: First Resolution on Internet Free Speech* (2012), en <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/u-n-human-rights-council-first-resolution-on-internetfree-speech/> (Consultado 10/12/2017).
- ZIMMERMAN, A., «Evolutionary legal theories-the impact of Darwinism on western conceptions of law», en *Journal of Creation* 24 (2010), pp. 108-116.
- ZITTRAIN, J & PALFREY, J., «Internet Filtering: The Politics and Mechanisms of Control», en *Access Denied. The Practice and Policy of Global Internet Filtering*, DEIBERT, R., PALFREY, J., ROHOZINSKI, R. & ZITTRAIN, J. (Eds.), Cambridge 2008, pp. 29-56,

- ZONGLING, S., «Legal Transplant and Comparative Law», en *Revue internationale de droit comparé* 51 (1999), pp. 853-857.
- ZUMBANSEN, P. & CALLIESS, G.-P., «Law, Economics, and Evolutionary Theory: State of the Art and Interdisciplinary Perspectives», en *Comparative Research in Law & Political Economy* 10 (2010), pp. 1-26.

## 10.2. JURISPRUDENCIA

### *TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA*

STJUE 710/2015, de 21 de octubre de 2015.

### *TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA DE ALEMANIA (BUNDESGERICHTSHOF)*

BGH 196/2008, de 23 de junio.

### *TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA*

STC 6/1981, de 6 de marzo.

STC 120/1983, de 15 de diciembre.

STC 107/1988, de 8 de junio.

STC 13/1989, de 26 de enero.

STC 51/1989, de 22 de febrero.

STC 105/1990, de 6 de junio.

STC 8/1992, de 16 de enero.

STC 20/1993, de 21 de enero.

STC 254/1993, de 20 de julio.

STC 139/1995, de 26 de septiembre.

STC 77/2009, de 23 de marzo.

STC 186/2013, de 4 de noviembre.

STC 79/2014, de 28 de mayo.



*TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA*

STS 19/2008, de 31 de enero.

STS 95/2018, de 26 de febrero de 2018.

*AUDIENCIA NACIONAL*

SAN 514/2017, de 29 de marzo.

