

ACTUACIÓN HORIZONTAL DE LAS NORMAS DIGITALES EUROPEAS

Dr. D. Antonio Merchán Murillo

Derecho internacional privado

Email: antonio.merchan@uca.es

Principios básicos que rigen la digitalización o la electrónificación:

- a) Principio de **equivalencia funcional**: constituye el núcleo sobre el que gravita el reconocimiento jurídico de los actos realizados en el comercio electrónico. Sin su aplicación, carecería de eficacia. Se formula bajo la idea de que los actos jurídicos electrónicos poseen una equivalencia funcional con los actos jurídicos escritos.
- b) Principio de **inalterabilidad del derecho preexistente**: todas aquellas reglas dirigidas a la regulación del comercio electrónico no supongan una modificación sustancial del Derecho existente. No obstante, este hecho no debe impedir que las normas deban ser interpretadas y adaptadas.
- c) Principio de **neutralidad tecnológica**: las nuevas normas que rigen el comercio electrónico abarquen con sus reglas no sólo la tecnología existente sino también toda tecnología futura sin que haya necesidad de modificar estas normas
- d) Principio de la **buena fe**: principio que encuentra su justificación en la idea de que la ignorancia, ante la renovación tecnológica, genera desconfianza, por lo que se debe generar confianza
- e) **Libertad contractual** mantenida en el nuevo contexto electrónico: autonomía de la voluntad (DÍEZ-PICAZO “la idea de contrato y de obligatoriedad del contrato encuentran su fundamento en la idea misma de persona y en el respeto de la dignidad que a la persona le es debida. Ello implica el reconocimiento de un poder de autogobierno de los propios fines e intereses o de un poder de autorreglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas al que la doctrina denomina “autonomía privada” o “autonomía de la voluntad”).

Cambio de terminología en las normas pasando de:

a) Se pasa de seguridad a Fiabilidad: probabilidad de buen funcionamiento

b) La fiabilidad nos lleva a la confianza

- Se pretende atraer la atención del usuario, creando un clima de confianza en un entorno determinado
- El término utilizado antes era certificación: induce dependencia, en relación con el origen o la conexión. Ahora, el primero espera una buena conducta. Esto nos va a llevar a problemas de prueba (probatio diabólica)
 - Por ejemplo, ¿cómo se prueba que un sistema de IA va a fallar o que falla y no es por tu culpa? (Ej. Robot de cocina: ingredientes) Ahora bien hay normas que te dicen que puede fallar, pero hay que saber interpretarlas

- **Estructura propia común a todas las transacciones**. Son identificables los siguientes elementos, que pueden ser agrupados en dos apartados:
 - a. **Elementos objetivos**: que no necesariamente son **materiales**. Estos elementos son:
 1. **El mensaje de datos**.
 2. **La norma técnica de estructuración**.
 3. **La firma electrónica**.
 4. **Los sistemas de información**.
 5. **Las redes de transmisión de datos**.
 - b. **Elementos subjetivos**: se comprenden en el mismo los distintos **sujetos** destinatarios de los mandatos y privilegios legales, así como **de los derechos y obligaciones contractualmente adquiridos en el marco**. Estos son:
 1. **El iniciador o firmante del mensaje de datos**.
 2. **El destinatario del mensaje de datos**.
 3. **Los intermediarios y proveedores de servicios de certificación de firma electrónica o autoridad de certificación**.
- Con esta estructura se puede realizar una tarea de **determinación y definición de cada uno de los elementos principales involucrados en la transacción electrónica, a la vez que se podrían tratar los múltiples problemas derivados de la dificultad** de aplicar los diferentes conceptos y las categorías jurídicas.

Todo lo anterior no tiene sentido sin un marco de interoperabilidad

¿Por qué? Se trata de que sistemas o componentes de software para intercambiar y utilizar información entre sí, de manera eficiente y sin problemas. En el ámbito de la tecnología de la información, la interoperabilidad es crucial para garantizar que diferentes sistemas, aplicaciones y dispositivos puedan trabajar juntos de manera armoniosa

- eficiencia y evitar problemas

- a) **ORGANIZATIVOS**: EN LOS PROCESOS DE NEGOCIO Y ESTRUCTURAS INTERNAS (por ejemplo, que actores participa. Por eso el ámbito personal de las normas es tan importante)
- b) **SEMANTICOS**: LOS DATOS COMPARTEN EL MISMO SIGNIFICADO (Por eso las definiciones son tan importantes: para garantizar no un buen nivel de comunicación sino de interpretación)
- c) **TÉCNICOS**: CONEXIÓN DE SISTEMAS (por ejemplo, intercambio de datos)
- d) **JURÍDICOS**: LAS NORMAS DEBEN SER NEUTRALES TECNOLOGICAMENTE

OBSERVACIÓN: ¿ES PLENA?

LA CONSTRUCCIÓN DE UN NUEVO MARCO JURÍDICO

En la construcción del nuevo marco jurídico (digital), puede apreciarse una estructura clara de las normas en función a carácter de la transacción según nos situemos:

- A) en el origen de la transacción
- B) en el medio a través del que se va a desarrollar la transacción
- C) en la consecución o efecto de la transacción

ORIGEN DE LA TRANSACCIÓN	MEDIAL	CONSECUCIÓN
Propuesta eIDAS 2.0 (Identidad)	eIDAS (autenticación de la Identidad) O Propuesta eIDAS 2.0	eIDAS (autenticación de la transacción – firma electrónica) O Propuesta eIDAS 2.0
	RGPD (información personal)	
Reglamento Mercados digitales		Reglamento sobre datos no personales
	Propuesta Reglamento IA	
		Propuesta directiva sobre responsabilidad de la IA
		Propuesta de directiva revisada sobre responsabilidad de los productos
	Directiva NIS (garantizar la seguridad de las redes y sistemas de información en el territorio de la UE)	
	y Reglamento sobre ciberseguridad (Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad) y a la certificación de la ciberseguridad de las tecnologías de la información)	
	Reglamento sobre gobernanza europea de datos	
	Reglamento Servicios Digitales	
		propuesta de Reglamento sobre máquinas y sus partes y accesorios
		propuesta de Reglamento relativo a la seguridad general de los productos
	Reglamento de Mercados Digitales (que regula la actuación de las grandes plataformas digitales)	

- Las normas anteriores, entre otras, guardan relación entre sí.
- Centrándonos en los Reglamento se inducen su profundidad al indicarnos que la transformación digital y el creciente uso de esos servicios también entraña nuevos riesgos y desafíos para los destinatarios individuales de los correspondientes servicios, las empresas y la sociedad en su conjunto.
- En este contexto se trata de ver este Reglamento en su conjunto con las normas vigentes que deben apreciarse, por tener un contenido transversal y, por tanto, horizontal.

Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 relativo a la gobernanza europea de datos, donde aparece una regulación importante en relación con los datos

- En 1er lugar, teniendo presente que **los datos**, sean personales o no, **activos económicos clave**, al menos para las empresas, concretamente **para los prestadores de servicios de intermediación**.

El Reglamento de Servicios digitales ¿define los datos? **NO**

y ¿los diversos actores son solo los que se mencionan? **SI, pero NO**

Faltan actores que participan en los datos:

- a) el generador de los datos (es decir, la persona que genera los datos, por ejemplo, con una máquina o un sensor, así como los datos que se generan a partir de otros datos);
- b) el sujeto de los datos (es decir, la persona a quien se refieren los datos);
- c) el proveedor de los datos (es decir, la persona que suministra los datos, incluida la persona que proporciona los datos que se ponen en común en una plataforma en línea);
- d) el receptor de los datos (es decir, la persona que recibe los datos, incluida la persona que accede a los datos que se ponen en común en una plataforma en línea);
- e) el procesador de los datos (es decir, la persona que procesa los datos, independientemente de que los genere o los reciba); y

Definición de lo que es un dato, “ toda representación digital de actos, hechos o información, así como su recopilación, incluso como grabación sonora, visual o audiovisual” (art. 2,1)

desde un punto de vista amplio, y por tanto como punto de partida útil, en términos de uso, hablamos de **aquellos que incluyen la salida de dispositivos analógicos o datos en formato digital, manipulados, almacenados o comunicados por cualquier dispositivo hecho por el hombre, ordenador o sistema informático o transmitidos a través de un sistema de comunicación, que tiene el potencial suficiente para ser gestionado vía internet y por tanto crear un relato fáctico probable y fiable.**

En esta definición **ENFATIZAMOS LA RELEVANCIA FÁCTICA** como un aspecto básico, por el potencial de los datos para tener un valor probatorio significativo, que se dirige a la investigación y recuperación de esos datos, ex ante o ex post en el momento del juicio.

- La **característica más destacada va a ser la interposición/mediación de la maquina y el sujeto** con los datos, volviéndose inteligible **mediante el uso de hardware y software**, que crean un “el documento” que está en alguna “parte”, en formato archivo, y que no existe independientemente del proceso que lo recrea cada vez que un usuario lo abre en su ordenador.
- La **comprensión profunda de este proceso es fundamental** ya que tanto el hardware como el software producen pruebas en forma de metadatos y registros

- En internet tienen los datos su entorno y los **diferentes estados de los datos** y, en nuestra opinión, también podemos identificar los **tipos o las clases de datos**, partiendo de:
 - 1) Datos en **reposo o almacenamiento**: cuando se almacenan en una ubicación física o virtual y no se accede a ellos, no se procesan ni se utilizan. En principio, están en un dispositivo de almacenamiento, en un físico o virtual, de algún tipo y no se mueven a través de la red.
 - 2) Datos en **movimiento o de comunicación o contenido**: tienen lugar cuando los datos se transmiten, transfieren o envían a través de un medio, canal, red u otro medio de comunicación.
 - 3) Datos en **uso o procesados**: son los que se sitúan donde actualmente se accede a los datos, se procesan, se utilizan o se someten a algún tipo de cálculo u operación.
- **Además**, de los anteriores, **se pueden observar datos que son relevantes para el cifrado**, que incluyen los **metadatos**. En relación a los metadatos; es decir, los datos sobre datos, que generalmente comprenden información que está oculta a simple vista y que se crean automáticamente y, por lo tanto, el creador del documento puede desconocer por completo su existencia, lo podemos clasificar en tres tipos principales:
 - 1) están los **metadatos descriptivos**, que brindan información descriptiva sobre un documento en particular, como el título, las palabras clave y el supuesto autor.
 - 2) están los **metadatos estructurales**, que describen cómo se reúnen varios objetos, como la identificación de archivos o la información de codificación de archivos.
 - 3) los **metadatos administrativos**, que brindan información para ayudar en la administración del documento o recurso.

- A lo anterior debe sumarse, diferentes actores son, entre otros:
 - a) El generador de los datos, una máquina o un sensor, así como los datos que se generan a partir de otros datos.
 - b) El sujeto de los datos o persona a quien se refieren los datos.
 - c) El proveedor de los datos o persona que suministra los datos, incluida la persona que proporciona los datos que se ponen en común en una plataforma en línea
 - d) El receptor de los datos o la persona que recibe los datos, incluida la persona que accede a los datos que se ponen en común en una plataforma en línea.
 - e) El procesador de los datos o la persona que procesa los datos, independientemente de que los genere o los reciba.
 - f) El operador de la plataforma de datos o persona que aloja los datos en una plataforma en línea.
- creciente internacionalización, es decir, un programa informático o un medio electrónico o algún otro medio automatizado utilizado para iniciar una acción o para responder a operaciones o mensajes de datos, que actúen, total o parcialmente, sin que una persona física haya de intervenir o revisar la actuación cada vez que se inicie una acción o que el sistema genere una respuesta: **APARICIÓN DEL ELEMENTO EXTRANJERO**
- **Riesgo importante**, que consiste en ver cómo **la responsabilidad se diluye** respecto de las operaciones llevadas a cabo por las partes, si los **criterios de aplicabilidad de la legislación no están lo suficientemente claros**, motivo por el que pensamos en la necesidad de plantear posibles soluciones al problema de ley aplicable planteado.
 - Ejemplo, los errores de programación e interferencia de terceros.

Por eso aparece, el Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD)

- PROBLEMA: art. 4,1 RGPD, que define los “datos personales” como “toda información sobre una persona física identificada o identificable”. Esta definición debemos ponerla en conexión con el considerando 68 que infiere la necesidad de reforzar el control sobre los datos propios de una persona
 - Los datos y la información son dos conceptos distintos; es decir, no hay información sin datos. Choque entre la privacidad y la propiedad ¿cuál debe ser el primero en solucionarse?

En cualquier caso, habrá que tenerse en cuenta que el requisito de legalidad del tratamiento y procesamiento de datos abarca un parámetro amplio de las actividades de identificación electrónica

Tal vez el requisito sustantivo más importante impuesto por el marco de protección de datos de la UE es el hecho de que el tratamiento de datos personales sólo se considerará lícito si uno o más de un número finito de motivos legitimados prescritos para ese el procesamiento se pueden identificar. En este contexto, se destacan dos posibles aspectos de interés, referentes:

- por un lado, a la protección de los datos
- y, por otro, al almacenamiento y archivo de los datos

Y la normativa en materia de ciberseguridad

Que afecta a las Plataformas de intermediación en línea y motores de búsqueda.

Debe tenerse claro que cuando hablamos de una plataforma **hablamos** de un sistema de Cloud Computing, o informática en la nube que puede definirse como los servicios informáticos (por ejemplo, el almacenamiento, el procesamiento de datos o el cálculo de datos) por Internet o lo que es lo mismo el almacenamiento, tratamiento y utilización de datos en ordenadores a distancia a los que se tiene acceso a través de Internet; es decir, **la computación en nube permite la disponibilidad de capacidad informática en todas partes y para cualquier persona.**

Lo anterior, nos sitúa en un contexto en el que el Reglamento de IA El presente Reglamento **debe interpretarse sin perjuicio de las disposiciones del Reglamento de Servicios Digitales, relativas a la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios.**

- En este contexto, **habrá que visualizar la aplicación cuando se produzca una colisión que se va a producir cuando usen sistemas de IA** que integran “el **software** que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, **generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa**”.
- Es decir, son sistemas **de software, pero posiblemente también de hardware**, diseñados por humanos que, dado un objetivo complejo, actúan en la dimensión física o digital al percibir su entorno a través de la adquisición de datos.
 - OJO: A día de hoy casi el 80% (aprox.) de las **PLATAFORMAS** utilizan hardware con componentes de IA, pero no te lo dicen, el 10% (aprox) **TIENEN UN CONTRATO DE CESIÓN DE SISTEMAS DE IA** y proporcionan el software, que además el 10% (aprox) crean empresas virtuales no registradas, que son las que van a dar problemas. Lo que hay que ver con el **Reglamento de Servicios Digitales**
 1. *Trabajo conjunto:* **El software y el hardware de IA trabajan en sinergia**, donde el **software define las tareas y** algoritmos, y el **hardware ejecuta** esos algoritmos de manera eficiente.
 2. *Requisitos:* Algunos algoritmos de IA pueden ser más demandantes en términos de recursos computacionales, y la **elección del hardware adecuado puede afectar significativamente el rendimiento del sistema.**
 - **Tanto el software como el hardware son esenciales para la implementación exitosa de la inteligencia artificial, con el software proporcionando la lógica y los algoritmos, y el hardware ofreciendo el poder de procesamiento necesario** para ejecutar esas tareas de manera eficiente.

El alcance del Reglamento de IA está significativamente determinado por las cuarenta y cuatro **definiciones** establecidas en el artículo 3.

Esto incluye, junto al elemento clave, el **sistema de IA**, dimensiones importantes como los **actores involucrados** (proveedor, usuarios, importador y distribuidor), las diversas etapas de **puesta en el mercado o uso de los sistemas** (introducción en el mercado, puesta a disposición en el mercado, puesta en servicio y retirada de un sistema de IA) y **dimensiones de diseño y uso** (finalidad prevista, uso indebido razonablemente previsible e incidente grave)

Finalmente, posibilidad de cumplimiento del Reglamento eIDAS

- Las normas del Reglamento de Servicios Digitales deban cumplir la normativa referida en el Reglamento eIDAS, sino que pueden recurrir, y así lo hacen en algunos casos, a un prestador de servicios de confianza ya que deben obtener un certificado de autenticación de sitio web; es decir, una declaración que permite autenticar un sitio web y vincula el sitio web con la persona física o jurídica a quien se ha expedido el certificado.
- Los certificados de autenticación de sitios web son archivos digitales que garantizan la identidad de un sitio en internet. Estos certificados se emplean para establecer conexiones seguras entre el navegador del usuario y el servidor del sitio web. Cuando un sitio cuenta con un certificado de autenticación, la comunicación entre el navegador y el servidor se cifra, protegiendo así la información transmitida, como contraseñas y datos personales, contra posibles ataques de terceros.
- Además, ojo con los Servicios de identificación (básicos) que puede prestar la plataforma en la verificación de la identidad de los usuarios finales (Reglamento Mercados Digitales) a ver como... en Relación al Reglamento eIDAS.

CONCLUSIÓN

Los marcos adoptados van en la dirección correcta, garantizando un nivel adecuado de seguridad, portabilidad de los datos e interoperabilidad, así como el cumplimiento de los requisitos jurídicos preestablecidos. Sólo de esta forma, se aceptarán los beneficios resultantes y se podrá hacer frente al reto que se presenta.