



ABOGACÍA TRANSFORMADORA

FUIMOS PRESENTE. SOMOS FUTURO.



XII Congreso Nacional
de la Abogacía **2019**

8-11 MAYO 2019 VALLADOLID

La defensa de las libertades ante la vigilancia y tratamiento masivo de datos

Luis Fajardo López



¿Qué regulación?

¿más regulación?

¿mejor regulación?

¿cumplimiento normativo?



¿Qué regulación?

¿más regulación? / ¿mejor regulación?

→ **propuestas de lege ferenda**
abogacía institucional
Declaración de Barcelona,...

¿cumplimiento normativo?

→ **ejercicio profesional**

Amenazas

De mercado:

- Arranque privativo (bootloader)
- Oligopolio
- Medidas de control tecnológico ([Informe UC3M](#))

Geopolíticas:

- Desinformación (¿gobiernos extranjeros?)
- Ataques a servicios estratégicos

Del propio entorno tecnológico:

- Fugas de información, identidad digital, falsedades,...
- → Estrategia Nacional de Ciberseguridad 2019, BOE n.º 103, de 30/04

Respuestas desde la técnica

De mercado:

- Arranque libre
- Interoperabilidad y estandarización
- → redes distribuidas
- Auditabilidad: código abierto

Del propio entorno tecnológico:

- Criptografía



RESPUESTA LEGAL (no exhaustiva)

Protección de datos (RGPD), seguridad por defecto:

- del secreto de las comunicaciones (Art. 18.3 CE) a la protección de datos (no como tal en art. 18.4 → STC 292/2000) (¿aplicable a las comunicaciones electrónicas?)
- más amplio que el derecho a la intimidad
- ¿seguridad vs. libertad? RGPD: seguridad para garantizar la libertad y derechos (El [artículo 22 RGPD](#) es claro respecto al derecho de los interesados a que no se tomen decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, definido en el [artículo 4.4](#). Vid. Considerandos 30 y 71 RGPD)
- Hoy tres niveles de protección: europeo (RGPD), nacional (LOPDgdd), y últimos Estatutos de Autonomía (Canarias, Andalucía, Cataluña,...)
- Conceptos: responsable/encargado, cesión, tratamiento, legitimación



RESPUESTA LEGAL (no exhaustiva)

El propietario es dueño y señor:

- la propia configuración de la propiedad como derecho absoluto (art. 348 Cc., “sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”, luego limitado por derecho público)
- compraventa (vicios ocultos, 1487), productos defectuosos,...
- arrendamiento de obras, posición preeminente del arrendador o dueño (art. 1594 Cc.), desistimiento, instruye o dirige.
- Propiedad intelectual: excepción del art. 100 LPI

Buena fe en los contratos, y el propósito común:

- El contrato obliga a cumplir con “todas las consecuencias que, según [la naturaleza del contrato], sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley” (art. 1258 Cc.).
- El contrato pretende que las partes consigan el objetivo común declarado. Causa: art. 1289 Cc., “Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses”.



A modo de resumen:

Protección de datos (RGPD), seguridad por defecto:

- derecho a cifrar las comunicaciones
- la nube es el ordenador de otro: [las llamadas “redes sociales” y servicios gratuitos por datos suponen cesión de datos, no son encargados sino nuevos responsables → ¿legitimación de las cesiones?]
- sistemas auditables, algoritmos cognoscibles, “ética desde el diseño” (IA) (!) → paradoja

El propietario es dueño y señor:

- código abierto del software (el derecho a modificarlo lo da la ley)
- hardware con arranque libre
- Portabilidad si estamos ante sistemas SAAS (software as a service)(!)

Buena fe en los contratos, y el propósito común:

- código, producto o servicio auditable, (que haga sólo lo que dice).
- Interoperable conforme a estándares abiertos

Defensa del mercado:

- neutralidad tecnológica
- servicios interoperables
- servicios distribuidos
- ¿obligación de interconexión? → derecho a la portabilidad de datos
- código abierto y sistemas auditables



Identificando malas prácticas

¿?

Administración Pública – Abogacía

Cesión de datos - elección de tecnologías

→ remisión a taller

Por una abogacía transformadora:

Ser ejemplo en el uso de la tecnología:

- Identificar nuestras malas prácticas
- Firmar y cifrar (obligación deontológica)
- No usar servicios cuyo modelo sea “servicio por datos”
- Controlar el ciclo de información de nuestro bufete
- Tener una importante presencia digital, pero saludable

Conocer las implicaciones legales de la tecnología:

- Conocer los intereses en juego y su regulación
- → no hay que regular tanto

Realizar propuestas colectivas de lege ferenda:

- Pasar de la portabilidad a la obligación de interconexión en servicios de la sociedad de la información (redes sociales y mensajerías)
- → interoperabilidad y estandarización
- Obligar al depósito del código de los programas que no sean de fuentes abiertas
-



CUESTIONES PRÁCTICAS

Secreto de las comunicaciones. Buena fe. Leal competencia.

Artículo **18.3** CE **3**. Se garantiza el secreto de las comunicaciones...

Arts. **80** y **81** L **3/2018** (LOPDgdd). Neutralidad de la red, universal y no discriminatorio.

Art **7** y **1258** Cc. Buena fe negocial e integradora del contrato.

Art. **4** Ley **3/1991**, de Competencia Desleal. “ “

CUESTIONES PRÁCTICAS

Neutralidad de la red.

“todo el tráfico que existe en Internet debe ser tratado por igual”

Arts. **80** y **81** L 3/2018 (LOPDgdd). Neutralidad de la red, universal y no discriminatorio.

Art. **4** Ley 3/1991, de Competencia Desleal. “ “

Planes de precio para acceso a un concreto servicio

CUESTIONES PRÁCTICAS

Los programas de ordenador acostumbran a exonerarse de la aplicación del concepto de producto defectuoso

Artículo 137. Concepto legal de producto defectuoso.

1. Se entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación.
2. En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie.
3. Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada.

[Artículo 137](#) RDLeg 1/2007, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, texto refundido