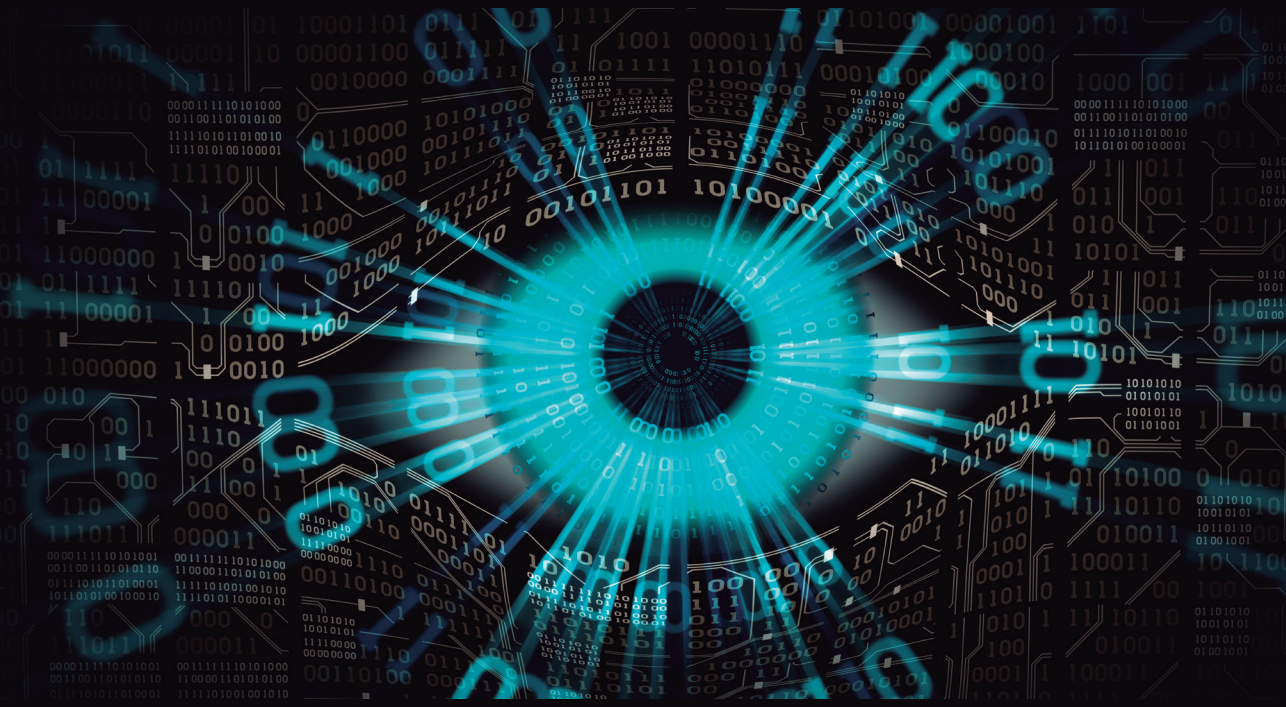
FODERTICS 9.0

ESTUDIOS SOBRE TECNOLOGÍAS DISRUPTIVAS Y JUSTICIA



Federico Bueno de Mata (dir.)
Irene González Pulido (coord.)

Prólogo: Lorenzo M. Bujosa Vadell

FODERTICS 9.0

ESTUDIOS SOBRE TECNOLOGÍAS DISRUPTIVAS Y JUSTICIA

Federico Bueno de Mata
Director

Irene González Pulido
Coordinadora

FODERTICS 9.0

ESTUDIOS SOBRE TECNOLOGÍAS DISRUPTIVAS Y JUSTICIA

Granada, 2021

Con el auspicio de:
Máster en Abogacía Digital
Universidad de Salamanca

© Los autores

© Editorial Comares, S.L.
Polígono Juncaril
C/ Baza, parcela 208
18220 Albolote (Granada)
Tlf.: 958 465 382
http://www.editorialcomares.com • E-mail: libreriacomares@comares.com
https://www.facebook.com/Comares • https://twitter.com/comareseditor • @editorialcomares

ISBN: 978-84-1369-187-9 • Depósito legal: GR. 753/2021

Fotocomposición, impresión y encuadernación: Comares

Sumario

Presentación XI
Federico Bueno de Mata

Prólogo XV
Lorenzo M. Bujosa Vadell

DERECHOS DIGITALES

El derecho de acceso a internet en el constitucionalismo español: desde la influencia supranacional a la LO 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. 3
Tamara Álvarez Robles

Los llamados derechos digitales: ¿un nuevo grupo de derechos o una migración hacia otro contexto? . . . 15
Angel Jeancarlo Coaquira Flores

Uso de TICs en el contexto latinoamericano. El caso de los Aymara en el norte de Chile 29
Karenn Alejandra Díaz Campos

Acerca de la licitud de la obsolescencia programada a la luz del derecho de consumo 39
Erika Isler Soto

Tertulias con Glaucón: las posibilidades de ejercer derechos personalísimos en los tiempos del Big Data. . . . 49
Rodrigo Alejandro Gómez Torre

La «nueva» regulación de las cookies: información, consentimiento y el «peligro» de seguir navegando. . . 61
Carlos de Jorge Pérez

Influencia del Big Data en el desarrollo del derecho a participación política como derecho digital 77
José Andrés de Lorenzo-Cáceres Apolinario

Expresiones culturales tradicionales y derechos digitales: tensiones y divergencias 87
Juan Carlos Martínez-Salcedo

Más allá de la privacidad. El tratamiento ético de datos recabados por dispositivos y aplicaciones de salud como un derecho humano 97
Carlos Eduardo Medina Guerrero

El derecho a la propiedad de los datos 105
Antonio Merchán Murillo

La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de hosting por daño a los derechos digitales 117
Juan Carlos Velasco-Perdigones

BIG DATA

Big Data y libertad de elección 131
Antoniucci L.C. Alexis G.

El Big Data y el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea 139
Ana Sofia Carvalho
Fernando Silva Pereira

Big Data: ¿incentivo o freno a la competencia? 149
Marisa Dinis y Ana Lambelho

El Big Data y la inteligencia artificial, pilares para la innovación de la administración de justicia . . . 159
María del Mar Gil Cordobés

La introducción de las nuevas tecnologías en el ámbito sanitario 167
Gloria María González Suárez

«Data driven competition» Big Data vs. derecho de la competencia 179
Vanessa Jiménez Serranía

Compartición en la nube de información tributaria y compliance cooperativo para grandes contribuyentes en el contexto de la OCDE 189
Juan Ignacio Leo-Castela

La importancia de Big Data y de la Convención de Singapur para los ODR 201
Bibiana Beatriz Luz Clara

El principio de transparencia del Reglamento General de Protección de Datos en el entorno de la Big Data 211
Raúl Vásquez Rodríguez

INTELIGENCIA ARTIFICIAL

El consumidor digital en la era de la inteligencia artificial 225
Rodrigo Cortés Borrero

Retos del uso de la inteligencia artificial en el proceso: impugnaciones con fundamentación algorítmica y derecho a la tutela judicial efectiva 233
María Dolores García Sánchez

La inteligencia artificial al servicio de la administración concursal 245
César Gilo Gómez

Inteligencia artificial y derechos de autor 257
José Luis González San Juan

La inteligencia artificial y el arbitraje, con la vista puesta en el arbitraje inteligente 271
Marta Grande Sanz

Modelos algorítmicos, sesgos y discriminación 283
Guillermo Lazcoz Moratinos

Problemas jurídicos en torno a la discriminación algorítmica de género en el acceso al empleo 295
Sergio Martín Guardado

Las medidas de la agencia europea de ciberseguridad en relación con IoT 305
Eltjon Mirashi

Casos de uso de Inteligencia Artificial aplicados a herramientas de informática judicial 315
Yolanda Murillo Paños

¿Discriminación 4.0? La Inteligencia Artificial frente a los derechos humanos y la igualdad de género . . 323
Paola Consuelo Ramos Martínez

Representación del conocimiento: novedoso método para procesar la interpretación y valoración de los hechos y pruebas que hace un juez en el análisis de casos jurídicos 335
Luis Raúl Rodríguez Oconitrillo
Juan José Vargas
Alvaro Burgos
Juan Manuel Corchado

DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Inteligencia Artificial y proceso penal en China: especial referencia al Sistema 206 347
Francisco Salvador Gil García

Crítica a los presupuestos de adopción de diligencias de investigación tecnológica. 361
Mario Neupavert Alzola

El sistema de reconocimiento facial instaurado en el aeropuerto de Barajas: Análisis del tratamiento de datos realizado 371
Alejandro Platero Alcón

¿Son admisibles las tecnologías IoT como medio de prueba en materia civil? 381
Carlos Reusser Monsálvez

Diligencias de investigación tecnológicas: La licitud de la actividad probatoria de un dron. 393
Mariel Alejandra Suárez

FINTECH

Estado regulatorio del fenómeno fintech: Al final de la década que lo vio crecer. Apuntes sobre una perspectiva comparada: España y Chile 407
María Jesús Blanco Sánchez

Régimen jurídico del tratamiento de datos personales en las fintech en México 417
Olivia Andrea Mendoza Enríquez

Insurtech y Smart Contracts: Un breve análisis desde la perspectiva del Derecho Civil 427
Gemma Minero Alejandre

La jurisprudencia penal española ante el fenómeno de las criptomonedas 443
Dévika Pérez Medina

Presentación

Es un placer compartir con todos los lectores la gran alegría que supone presentar el libro «Fodertics 9.0: estudio sobre tecnologías disruptivas y derecho» por diversos motivos. En primer lugar, estamos ante el noveno volumen de una colección que arranca en el año 2012 y que sigo teniendo el placer de dirigir, acompañado en la coordinación de la misma por el buen hacer de mi compañera Irene González Pulido. A lo largo de los años estos libros colectivos han supuesto el inicio de carreras académicas de muchos investigadores en materia de derecho y tecnología y han confeccionado una especie de corpus indispensable y necesario para muchos doctorandos que han dedicado su tiempo a elaborar sendas tesis doctorales al impacto de la tecnología sobre diversos puntos de nuestro sistema judicial. El valor añadido que le otorga una novena edición, pone en relieve la labor y el trabajo constante de un equipo humano que año a año da lo mejor de si mismos para que los encuentros FODERTICS, celebrados en el salón de grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, sean una realidad plausible que la gente recuerda con afecto y que desea que se repita año a año.

En segundo lugar, porque Fodertics 9.0 supone una reelaboración de los trabajos defendidos en el IX Fórum de Expertos y Jóvenes Investigadores en Derecho y Nuevas Tecnologías, celebrado en marzo de 2020. Un evento especial, que se diferenció de los ochos anteriores por una cuestión clave: su forma de realización a raíz de la pandemia mundial provocada por la Covid-19. En marzo de 2020 España entera se encontraba a punto de entrar en un estado de alarma aparejado a la primera ola Covid, una crisis sanitaria sin precedentes que nos abocó a un confinamiento domiciliario de más de tres meses y que provocó que la actividad presencial universitaria se interrumpiera por meses. Unos días antes de comenzar con el confinamiento estricto, estaba programada la celebración presencial de la actividad. En una reunión de urgencia mantenida a principios del mes de marzo de 2020 entre el equipo de gobierno de la Facultad de Derecho y la Dirección Académica de Fodertics, se decidió que no era conveniente realizar la actividad de manera presencial, aunque justamente en esos días aún no habíamos empezado el confinamiento, pero todo apuntaba a que esa fase comenzaría en breve. Fue momento de trabajar contrarreloj, avisar uno a uno a todos los ponentes, cancelar sus viajes y estancias, así como reelaborar el programa. Hubiera estado justificado

suspender el evento, tal y como ocurrió con la mayoría de eventos que tenían prevista su celebración entre marzo y mayo de 2020, pero pensábamos que Fodertics no podría quedar sepultado por el tsunami inicial que llevó aparejado el coronavirus y que provocó un apagón en multitud de servicios de nuestro país. Qué mejor excusa que, en un foro en el que se habla de tecnología, sea esta última la que le ayude a resurgir y a mantener su viabilidad.

Dicho y hecho. Gracias a los compañeros del comité organizador Pablo Chamoso y Alfonso Briones, del grupo de investigación BISITE, pudimos trasladar el formato presencial al plano virtual, y en poco más de diez días, y con la colaboración de todos los ponentes que tenían prevista su participación al evento, diseñamos una plataforma interactiva dentro de nuestro sitio web para que los trabajos pudieran ser defendidos y publicados para su consulta por parte de todas aquellas personas que se habían inscrito en el evento. La respuesta fue abrumadora, llegando a un récord de asistencia a través de una modalidad virtual que nos seguiría acompañando en múltiples actos académicos a lo largo de todo el año. En ese momento, las personas seguían teniendo ganas de Fodertics y no arrastrábamos una especie de fatiga pandémica a la que también han contribuido el exceso de eventos en formato de webinar. Hoy en día, lo seguimos recordando como un momento histórico que nos acompañará en el recuerdo del formato después de que pasen los años.

Por todo ello, Fodertics 9 ha sido y será una edición muy especial que nunca olvidaremos, pero que esperamos no tener que volver a repetir, puesto que eso significará que lo peor de la pandemia ha pasado y que el evento mantendrá su sello de presencialidad, el cual va unido indiscutiblemente al de la institución que ha visto nacer y crecer el evento: la Universidad de Salamanca. Esperamos fervientemente que la décima edición, proyectada para el último trimestre de 2021 en atención y a la espera de una evolución favorable de la pandemia, vuelva a recuperar su carácter presencial sin renunciar al uso de la tecnología para que el evento se retransmita y pueda llegar a todas aquellas personas que por diferentes razones no se puedan desplazar esos días al Campus Unamuno de la ciudad de Salamanca.

Por último, en relación al contenido de este noveno volumen, debo destacar su carácter disruptivo. Estamos ante temas que «rompen» aún más si cabe con lo estudiado en años anteriores y que dotan de un plus de innovación a la investigación jurídica. Los ejes temáticos sobre los que versa el libro son: derechos digitales, big data, inteligencia artificial, diligencias de investigación tecnológica y Fintech.

De todas las ediciones hasta el momento, puedo aseverar que nos encontramos ante el volumen más visionario de todos. Los estudios que aquí confluyen van encaminados a reflexionar y apuntalar las bases jurídicas necesarias para que estos conceptos y estas realidades puedan incorporarse en nuestro sistema judicial respetando los derechos y las garantías de los justiciables. Por todo ello, debo agradecer a los 44 autores que han contribuido a que este volumen sea una realidad, así como a todo el «equipo Fodertics» por su labor en la organización del evento que precede a este resultado de investigación y, como no, a la coordinadora y secretaria académica del evento, por su labor constante, ardua y ejemplar durante todo el año para llevarlo a cabo. Tengo mucha suerte de contar con todos ellos y de poder tener la seguridad de que, gracias a su trabajo y apoyo, aún tenemos Fodertics para rato.

A todas las personas que tienen este ejemplar entre sus manos o proyectado en la pantalla de algún dispositivo electrónico, les deseo que disfruten mucho de su lectura y les invito a formar parte de la futura edición de Fodertics, la décima, que tendrá lugar en Salamanca los primeros días de noviembre de 2021.

En Salamanca, a 10 de abril de 2021

Federico Bueno de Mata
Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca
Director de la colección de libros sobre derecho y tecnología: Fodertics

Prólogo

El protagonismo de las tecnologías de información y comunicación en las tribunas jurídicas más actuales es a estas alturas indiscutible. Los avances tecnológicos son tantos y tan variados que ejercen una influencia transversal en las diversas disciplinas jurídicas y por ello merece una atención detenida. De nuevo el Foro de Expertos sobre Derecho y TICS nos presenta un excelente ejemplo de estudios dedicados a desentrañar las implicaciones de la digitalización de las actividades relacionadas con el Derecho, de los problemas que conlleva la gestión de masivas cantidades de datos personales, de las posibilidades de la inteligencia artificial o de la llamada «Fintech»…

El aprecio y la gentileza del director de estas jornadas que periódicamente se celebran en la Universidad de Salamanca, el Prof. Bueno de Mata, me ha permitido una vez más ser testigo privilegiado de estas complejas reflexiones, de las que todavía se derivan más dudas que certezas, pero que suponen un revulsivo que nos enfrenta a la necesidad de dar respuestas a las múltiples preguntas, a sabiendas de que no pueden ser, por el momento, más que parciales y provisionales. Pocos ejemplos más claros de «work in progress», de unos objetos de estudio heterogéneos en evolución continua, de los que ignoramos todavía hasta dónde nos conducirán.

Sin embargo, el imperativo de pronunciarnos sobre la adaptación de las tradicionales áreas de conocimiento de la Facultades de Derecho a esta difícil problemática es patente por mucho que sea imposible emitir aún la última palabra sobre la mayoría de las cuestiones que se nos plantean. Es preciso valorar qué principios y qué garantías merecen flexibilización, al tiempo que consideramos dónde están los riesgos a afrontar y los límites que deben ser inexcusablemente respetados en un Estado de Derecho que pretenda seguir siéndolo.

Los retos son enormes y hasta la propia posición de los órganos públicos en el entramado constitucional están siendo puesta en tela de juicio ante las actuales derivas de la justicia, en feliz expresión reciente de una destacada procesalista. En efecto, el Estado y su constitución política, de la que derivan las potestades públicas, está siendo sobrepasado por la fluidez del tráfico jurídico digitalizado y por la delegación, consciente o no, de muchas de las decisiones últimas sobre cuestiones informáticas en entidades privadas, que son las que van detentando cada vez más poder real, de manera

escasamente controlada y muy alejada de los imprescindibles pesos y contrapesos que deberían asegurar la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que nos integramos. Si las propias instituciones públicas están siendo superadas, la situación es aún mucho más dramática para el ciudadano común y corriente.

El efecto de embelesamiento que producen todas las novedades tecnológicas merece una confrontación minuciosa, en la que se destaquen las ventajas de su aplicación jurídica, pero también los inconvenientes que ya se están comprobando o, en otros casos, por lo menos se están intuyendo. No es posible aceptar todas estas innovaciones de manera acrítica. No todo son ventajas, que sin duda hay que conocer, y en lo posible, aprovechar, sino que también es preciso llegar a tiempo de aminorar sus consecuencias negativas.

No se trata de colocarnos en concepciones maximalistas por las que, o bien aceptamos sin discusión las nuevas tecnologías, o bien nos cerramos por completo a ellas. Está claro que ya están entre nosotros -en realidad, desde hace más tiempo del que algunos sospechan-; no es realista oponerse a ellas, pero sí lo es -además, de imprescindible- señalar sus puntos negros y sus peligros, con el fin de perfeccionar su encaje constitucional y tratar de reconducir sus beneficios por los cauces garantistas, de modo que la dignidad del ser humano y los derechos fundamentales que en ella se asientan sigan siendo reales y efectivos y no meros espejismos arrasados por las novedades que nos deparan los tiempos.

Por tanto, la sucesión de noes que se ha escrito en los párrafos anteriores en realidad debe interpretarse en positivo, de manera constructiva. De ahí que encuentros como los que se propician todos los años, al margen de pandemias y dificultades, en este Foro de Derecho y Nuevas Tecnologías, cumplen una misión esencial, asegurada a su vez por el buen criterio del organizador, consciente de todo lo que llevo dicho y preocupado desde hace tiempo por la consecución del deseado equilibrio entre las ventajas y los riesgos a los que me acabo de referir.

Las líneas por las que se ordenan las discusiones demuestran tanto la actualidad de las discusiones como la búsqueda de respuestas de sentido común a la multitud de problemas que nos acechan. Una mirada cuidadosa a los abundantes tomos que ya se han publicado nos ofrece una amplia panorámica de esos fructíferos debates, en los que llevan la delantera los jóvenes juristas, que nos obligan a poner también atención a los más veteranos, so pena de quedarnos fuera de la comprensión de los elementos que se van situando en la centralidad de las más acuciantes controversias teóricas y prácticas en las diversas ramas del Derecho.

Una necesaria adaptación se está observando ya en el ámbito constitucional, e incluso supranacional, en los que han hecho acto de presencia unos nuevos actores que han venido para quedarse. Me refiero a los derechos digitales, sobre los que ya se ha propuesto un documento importante, dentro de los compromisos fundamentales del plan España Digital 2025. El debate está sobre la mesa y Fede no ha querido permanecer ajeno a él. De ahí que la primera sección en este nuevo libro que aquí se presenta se refiera a ello de manera profusa.

En efecto, la nueva fenomenología jurídica plantea la exigencia de actualizar las proclamaciones de derechos, adaptando las vigentes a los veloces cambios tecnológicos y tratando de responder al indispensable equilibrio entre las utilidades que las novedades nos proporcionan y el resguardo suficiente de la esfera de los ciudadanos. No

descubro nada nuevo si recuerdo que la privacidad, los datos personales, la identidad, el derecho a no ser localizado, la protección del menor, la libertad de expresión, entre muchos otros derechos y libertades, cuando se observan desde una perspectiva digital, presentan nuevas aristas que deben ser examinadas, como se hace en los once estudios contenidos en la primera sección de esta publicación. El derecho de acceso a internet, las reflexiones en torno a la naturaleza de estas nuevas posiciones subjetivas de ventaja, el problema de los «Big Data», la problemática acerca de la información obtenida por las «cookies», las consecuencias de todo ello en la participación política, las cuestiones éticas que conlleva la utilización de datos sanitarios, el derecho a la propiedad de esos datos o la responsabilidad de los prestadores de servicios de «hosting» son muestras ilustrativas de los desafíos a los que los cultivadores del Derecho estamos abocados.

Las consecuencias de la masiva utilización de los «Big Data» merecen un apartado específico, pues sin duda plantean un abanico de problemas específicos a los que los distintos especialistas están llamados a dar respuesta. En este vaporoso concepto se incluyen distintas dimensiones que sitúan al ciudadano en una situación de delicada vulnerabilidad, abierto en canal frente a estas irrupciones de empresas poderosas, que asaltan nuestra intimidad sin que apenas logremos darnos cuenta. La interdisciplinariedad obligada al estudiar estos asuntos es fácilmente visible desde el propio índice de esta sección, pues no está afectada solo la perspectiva propiamente constitucional, también la mercantil o empresarial, la procesal, la tributaria, entre otras.

Punto y aparte merece el bloque dedicado a la inteligencia artificial, naturalmente relacionada con las secciones anteriores, pero con entidad más que suficiente para ser la columna vertebral del tercer bloque de este libro. A pesar de las enormes dudas que permanecen respecto a este objeto de estudio y sus múltiples facetas, es importante someterlo a la metodología jurídica para tratar de encaminar su aplicación acompasada con el respeto a las garantías del Derecho. La misión es poco menos que titánica: aquí es donde en particular llegan a su máxima expresión las dificultades de combinar los beneficios de los avances tecnológicos con los peligros de su utilización ilimitada. No sabemos con claridad si algún día alguna aplicación de inteligencia artificial podrá sustituir al personal jurisdiscente, pero sí conocemos diversos ejemplos de su amplio uso en los diferentes ámbitos jurídicos, ya sea a través de instrumentos predictivos, ya por medio de construcciones rapidísimas de argumentaciones jurídicas bien fundadas, ya con utilización de datos biométricos… La profusión de problemas que se avizora al enfrentar la inteligencia artificial supone un extraordinario desafío teórico y un conjunto de arduas dificultades prácticas. Estoy seguro de que las reflexiones que aquí se contienen contribuirán a dar luz a estas cuestiones tan escurridizas.

Un tratamiento específico, relacionado aún con este laberinto de la inteligencia artificial, es su utilización en diversas investigaciones, particularmente delicadas por su usual afección de derechos fundamentales, cuya inadecuada combinación puede llevar inexorablemente a la inutilización de los resultados obtenidos. Son varios los puntos de vista que se adoptan: naturalmente su posible aplicación en el proceso penal, el uso de sistemas de reconocimientos faciales, las consecuencias probatorias del internet de las cosas en el proceso civil, la licitud de las pesquisas realizadas a través de pequeñas aeronaves no tripuladas… Fácilmente se puede observar la multiplicidad temática que caracteriza esta materia y, cuando el lector se adentre en los detallados razonamientos de estos jóvenes juristas se dará cuenta de inesperadas consecuencias, de nuevos retos

para el estudioso que quiere aportar soluciones válidas para el perfeccionamiento del ordenamiento jurídico.

Por último, no podían faltar los análisis acerca de otro amplio campo de aplicación de las nuevas tecnologías, también asidua invitada a este foro. Me refiero a la problemática acerca de la «Fintech», es decir, relativa a la aplicación de las posibilidades tecnológicas de avanzada a los distintos elementos del sistema financiero contemporáneo. Aquí se inscriben cuestiones acerca de su estado regulatorio, de sus implicaciones sobre la temática de la protección de datos, de su relación habitual con los «Smart Contracts» o de las consecuencias penales que pueden derivarse de un mal uso de las criptomonedas.

De nuevo la mano diestra de Federico Bueno de Mata nos sitúa ante la última ola de los relevantes problemas de los distintos ámbitos del Derecho. Otra vez, ya la novena, tenemos ocasión de ponernos al día con estos meditados trabajos que demuestran una impagable vocación universitaria y un compromiso con la actualidad jurídica dignos de inmoderada alabanza. Quien haya demostrado la paciencia de llegar a las últimas líneas de esta modesta presentación hará bien en pasar página de inmediato y dejarse llevar por las sugerentes meditaciones publicadas en este volumen.

En Villares de la Reina (Salamanca), 15 de abril de 2021

Lorenzo M. Bujosa Vadell
Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca

VNiVERSiDAD DE SALAMANCA

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

800 AÑOS 1218 ~ 2018

MÁSTER EN ABOGACÍA DIGITAL Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

ISBN 978-84-1369-187-9

9 788413 691879