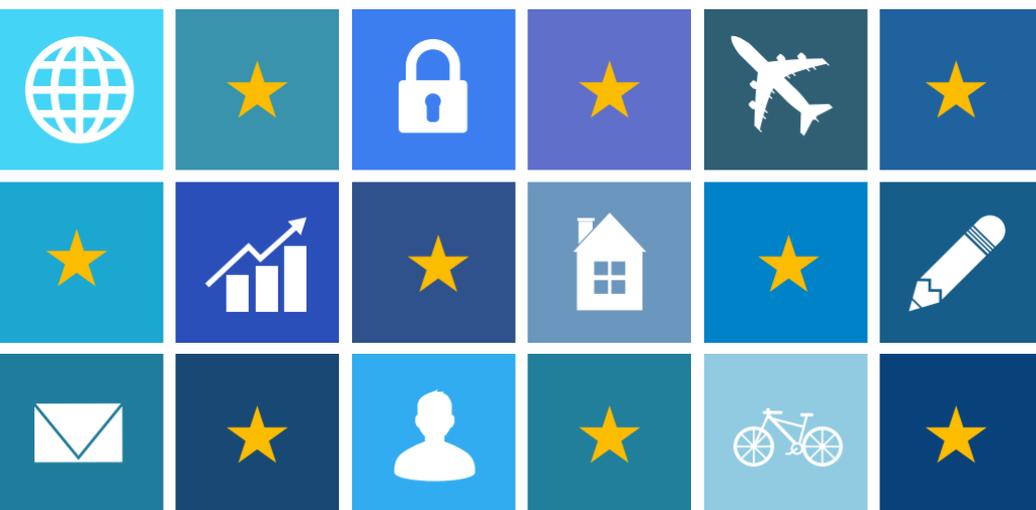


COMENTARIO CRÍTICO DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA RELATIVA AL INTERNET DE LAS COSAS

Fernando Martínez Cabezudo



Este libro ha sido financiado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y por la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad, de la Junta de Andalucía, en marco del programa operativo FEDER Andalucía 2014-2020. Objetivo específico 1.2.3. «Fomento y generación de conocimiento frontera y de conocimiento orientado a los retos de la sociedad, desarrollo de tecnologías emergentes» en marco del Proyecto UPO-1380664: Impacto del internet de las cosas sobre la ciudadanía europea (IDICCE). Porcentaje de cofinanciación FEDER 80%.





eBook gratuito en COLEX Online

- Acceda a la página web de la editorial **www.colex.es**
- Identifíquese con su usuario y contraseña (en caso de no disponer de una cuenta regístrese).
- Acceda en el menú de usuario a la pestaña “Mis códigos” e introduzca el siguiente.

RASCAR PARA VISUALIZAR EL CÓDIGO

- Una vez se valide el código, aparecerá una ventana de confirmación y su eBook estará disponible en la pestaña “Mis libros” en el menú de usuario.

No se admitirá la devolución si el código promocional ha sido manipulado y/o utilizado.



¡Gracias por confiar en Colex!

La obra que acaba de adquirir incluye de forma gratuita la versión electrónica.

Acceda a nuestra página web para aprovechar todas las funcionalidades de las que dispone en nuestro lector.

Funcionalidades eBook



Acceso desde cualquier dispositivo



Idéntica visualización a la edición de papel



Navegación intuitiva



Tamaño del texto adaptable

Puede descargar la APP “Editorial Colex” para acceder a sus libros y a todos los códigos básicos actualizados.



Síguenos en:



*A Gloria y a Fernando,
Por todo lo bueno que me ha podido pasar*

COMENTARIO CRÍTICO DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA RELATIVA AL INTERNET DE LAS COSAS



Este libro ha sido financiado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y por la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad, de la Junta de Andalucía, en marco del programa operativo FEDER Andalucía 2014-2020. Objetivo específico 1.2.3. «Fomento y generación de conocimiento frontera y de conocimiento orientado a los retos de la sociedad, desarrollo de tecnologías emergentes» en marco del Proyecto UPO-1380664: Impacto del internet de las cosas sobre la ciudadanía europea (IDICCE). Porcentaje de cofinanciación FEDER 80%.



Copyright © 2023

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial, así como a las actualizaciones de los textos legislativos mientras que la edición adquirida esté a la venta y no exista una posterior.

© Fernando Martínez Cabezudo

© Editorial Colex, S.L.
Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial)
A Coruña, C.P. 15004
info@colex.es
www.colex.es

I.S.B.N.: 978-84-1194-134-1
Depósito legal: C 1798-2023

COMENTARIO CRÍTICO DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA RELATIVA AL INTERNET DE LAS COSAS

Fernando Martínez Cabezudo

COLEX 2023

Sumario

PRÓLOGO

POR UN *IUS COGENS* PARA EL ESPACIO CIBERNÉTICO

— Págs. 13 a 19 —

INTRODUCCIÓN

— Págs. 21 a 26 —

CONSIDERANDOS

— Págs. 27 a 38 —

| | |
|--|----|
| Definiciones..... | 27 |
| Condiciones generales de uso..... | 30 |
| Moderación de contenidos..... | 31 |
| Riesgos Sistémicos y Circunstancias Extraordinarias..... | 34 |

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

— Págs. 39 a 45 —

CAPÍTULO II

RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIO INTERMEDIARIO

— Págs. 47 a 52 —

| | |
|--|----|
| Excepciones y obligaciones (art. 4-8)..... | 47 |
| Investigaciones y Órdenes (art. 9 y 10)..... | 51 |

CAPÍTULO III

OBLIGACIONES DE DILIGENCIA DEBIDA PARA CREAR UN ENTORNO EN LÍNEA TRANSPARENTE Y SEGURO

— Págs. 53 a 89 —

| | |
|--|----|
| Sección 1. Disposiciones aplicables a todos los prestadores de servicios intermediarios (art. 11-15)..... | 54 |
| Sección 2. Disposiciones adicionales aplicables a los prestadores de servicio de alojamiento de datos, incluidas las plataformas en línea (art. 16-18)..... | 58 |
| Sección 3. Disposiciones adicionales aplicables a los prestadores de plataformas en línea (art. 19-28)..... | 62 |
| Disposiciones referidas al tratamiento y reclamaciones de las informaciones..... | 63 |
| Disposiciones referidas a la transparencia y publicidad..... | 68 |
| Sección 4. Disposiciones adicionales aplicables a los prestadores de plataformas en línea que permitan a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes (art. 29-32)..... | 73 |
| Sección 5. Obligaciones adicionales de gestión de riesgos sistémicos para prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño (art. 33-43)..... | 76 |
| Medidas relacionadas con los riesgos..... | 78 |
| Medidas relacionadas con la transparencia..... | 81 |
| Sección 6. Otras disposiciones relativas a obligaciones de diligentemente debida (art. 44-48)..... | 86 |

CAPÍTULO IV

APLICACIÓN, COOPERACIÓN, SANCIONES Y EJECUCIÓN

— Págs. 91 a 107 —

| | |
|---|----|
| Sección 1. Autoridades competentes y coordinadores nacionales de servicios digitales (art. 49-55)..... | 91 |
| Coordinadores de servicios: requisitos, facultades y competencias..... | 92 |
| Régimen sancionatorio general..... | 95 |
| Sección 2. Competencias, investigación coordinada y mecanismos de coherencia (art. 56-60)..... | 96 |

Sección 3. Junta Europea de Servicios Digitales (art. 61-63)...99

Sección 4. Supervisión, investigación, ejecución y seguimiento respecto de los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño (art. 64-83)...100

 Investigación.....101

 Ejecución y seguimiento.....103

 Régimen sancionador.....104

Sección 5. Disposiciones comunes de ejecución (art. 84-86)...106

CONCLUSIONES

— Págs. 109 a 115 —

Problemas derivados de la indeterminación de la ley.....109

Posición de las instituciones comunitarias.....111

Necesidad de un enfoque más profundo.....112

Riesgos para el propio Estado.....113

CUADRO SINÓPTICO

— Págs. 117 a 121 —

BIBLIOGRAFÍA

— Págs. 123 a 125 —

PRÓLOGO

POR UN *IUS COGENS* PARA EL ESPACIO CIBERNÉTICO

Es un honor y un placer escribir esta presentación del libro de mi colega Fernando MARTÍNEZ CABEZUDO en el que analiza del Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE o Reglamento de Servicios Digitales. La UE es el área del mundo que más hondamente se ha preocupado por la regulación de internet. Esta voluntad cierta se ha concretado en normas que suponen, a mi juicio, la aplicación de un sentido civilizatorio al espacio cibernético.

Se debe recordar, a propósito de tal esfuerzo, el pensamiento del profesor de Derecho internacional público y relaciones internacionales de la Universidad de Sevilla y exmagistrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, quien dedicó buena parte de su tarea investigadora al estudio de instrumentos que pudieran humanizar la arena internacional. Una de las cuestiones a las que se dedicó fue a las normas de *ius cogens* y su contenido. De hecho, se suele citar la prelación que estableció de las mismas, cuya característica más destacada fue poner los derechos fundamentales de las personas en primer lugar¹.

1 A-La existencia de unos derechos fundamentales de la persona humana que todo Estado tiene el deber de respetar y proteger. B-El derecho de los pueblos a su libre determinación. C-La prohibición del recurso al uso de la fuerza o a la amenaza de fuerza en las relaciones internacionales y la obligación de arreglo pacífico de las controversias internacionales D-La igualdad de status jurídico de los Estados y el principio de no intervención en asuntos que sean de la jurisdicción

De hecho, como nos recuerda el Profesor Carlos CELADA no fue ese orden el primero escogido por CARRILLO, sino que fue en ediciones posteriores de su libro cuando el jurista sevillano optó por alterarlo situando los derechos de la persona en primer lugar y lo explicó señalando que

la referencia a la persona era prioritaria, además de imprescindible y fundamental, ya que en ella radica el único fundamento posible del orden internacional, así como el gran principio civilizador de que el poder está al servicio del Hombre, que es un ser de fines y no un mero instrumento².

Un ingrediente distintivo de estas normas es que se sitúan por encima de la voluntad de los Estados. Se supone que estos tienen interés en que se apliquen con el fin de salvaguardar la comunidad internacional, lo que las hace normas de eficacia *erga omnes*. Algo que para el Profesor CARRILLO implica:

la progresiva institucionalización de la comunidad internacional y de su ordenamiento jurídico, que naturalmente incide e influye en los mecanismos de aplicación de las normas jurídicas así como en los procedimientos sociales de reacción frente a quienes violan o incumplen el Derecho internacional (...) El problema jurídico se desplaza entonces de una institución de finalidad primordialmente compensatoria, como es la responsabilidad internacional, a otra institución diferente, de finalidad represiva o de ejecución, la sanción internacional³.

Y, así, vincula este proceso con una humanización, con un proyecto civilizatorio, que:

a partir de 1945, el Derecho internacional viene experimentando, simultáneamente, un triple proceso de insti-

interna de los Estados. Estos derechos se entienden relacionados exclusivamente con el derecho a la vida, a no ser torturado o a gozar de un juicio justo.

2 Cita extraída de CELADA C., «Ius Cogens y Derechos Humanos: Luces y sombras para una adecuada delimitación de conceptos», *Agenda Internacional*, 17, 2002, 129-156.

3 CARRILLO SALCEDO, J.A., *El Derecho internacional en un mundo en cambio*, Tecnos, Madrid, 1985, 148.

tucionalización, de socialización y de humanización que le distancian profundamente de los rasgos que habían caracterizado al Derecho internacional tradicional⁴.

Como ha señalado Antonio CASSESE, es en la Europa de entreguerras cuando se comienza a despertar la necesidad de que haya cambios en el derecho internacional que incluyan la salvaguarda de derechos de los individuos frente a los abusos que pueden sufrir de sus Estados, aspiración que se materializa después de la II Guerra Mundial en tratados internacionales y, singularmente, en la declaración Universal de los Derechos Humanos⁵. Esta ola civilizatoria abrió la puerta para algo en lo que se venía trabajando desde la paz de Westfalia, cuando las guerras empiezan a humanizarse y, como señala CARRILLO,

se proclame el principio de necesidad como límite de la violencia bélica y que de él se derive la responsabilidad de respetar a los inocentes, esto es, a lo que hoy llamamos población civil⁶.

Las contribuciones de la primera mitad del siglo XX serían tanto una forma tanto de preservar una comunidad internacional dentro de unas coordenadas básicas civilizatorias que facilitarían la paz y la seguridad internacional como un toque de atención en relación con el respeto a determinados derechos que asisten a los seres humanos y que deben ser garantizados porque se entienden como un ingrediente básico para preservar la propia idea de comunidad internacional. En suma, como ha señalado José B. Acosta Estévez, el *ius cogens* introduce el principio de jerarquía normativa en el Derecho internacional ya que

la norma de *ius cogens* determina la nulidad ab initio —con efectos *ex tunc*— de las normas dispositivas opuestas a ella. Así pues, no hay jerarquía entre las fuen-

4 CARRILLO SALCEDO, J. A., *Curso de Derecho internacional público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones*, Madrid, Tecnos, 1996, 38-40.

5 CASSESE, A., *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Ariel, Barcelona, 1993.

6 CARRILLO SALCEDO, J. A., *El derecho internacional en perspectiva histórica*, Tecnos, Madrid 1991, 24.

tes del Derecho internacional, pero sí entre sus normas (jerarquía normativa), pues una norma de *ius cogens* primará sobre cualquier otra norma —incluso posterior— que no revista esta naturaleza. En consecuencia, el ordenamiento internacional pierde su carácter eminentemente dispositivo y, de esta forma, sus normas ya no revestirán idéntico rango normativo⁷.

Estoy convencido de que esta breve digresión sobre la relevancia del *ius cogens* y los cambios acaecidos en el Derecho internacional de la segunda mitad del siglo XX puede sernos útil en el presente. Cuando se mencionan tanto los beneficios como los riesgos de internet, y especialmente si se hace alusión a los segundos, una de las cuestiones sobre la más se insiste es la dificultad para aplicar reglas que protejan a la ciudadanía en el espacio transnacional cibernético. Se hace referencia tanto a la multiplicidad de sujetos que coexisten en internet como en su complejidad. No solo nos encontramos con los problemas derivados de diferentes legalidades dependientes de los Estados nación y su soberanía, sino también de otros elementos añadidos que debieran ser tenidos en consideración por su trascendental relevancia⁸. El caso de la infraestructura material o cuerpo físico de la Red sería uno de los más destacados, ya que mayoritariamente se encuentra en manos de entes privados. Pero también las oportunidades que ofrece la tecnología para conculcar derechos fundamentales o erosionar cualquier regulación por su propia configuración y arquitectura.

No obstante, aunque las dificultades pueden ser incluso son mayores a las que se derivan de la regulación de la comunidad internacional, se puede utilizar este proceso como referente para el desarrollo de una ordenación civilizatoria de internet que preserve derechos fundamentales de los individuos que navegan en internet y cuya vida *online* es tan relevante como la *offline*. Más aún si tenemos en consideración que las normas de *ius cogens* no fueron pensadas como derecho natural, sino más bien como normas en evolución

7 ACOSTA ESTÉVEZ, J. B., «Normas de *ius cogens*, efecto *erga omnes*, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos». *Anuario de derecho internacional*. XI, 1995, 3-22.

8 Es multiplicar el problema que los paraísos fiscales representan singularmente para los Estados del bienestar dentro del entramado de intereses globales.

que «se adapta progresivamente a las necesidades superiores de la sociedad internacional»⁹.

Desde la Paz de Westfalia en 1648 hasta la Europa de entreguerras y la Declaración Universal de los Derechos Humanos transcurrieron tres siglos. Una sociedad internacional en proceso de construcción donde se vislumbraban esperanzas y desafíos que suponen el germen del desarrollo de normas como las de *ius cogens*, donde se recogieran los derechos fundamentales de las personas y se establecieran unas reglas básicas de convivencia entre Estados. Hoy en día, no sería descabellado afirmar la necesidad de que se implemente un proceso semejante en internet. Es cierto que no está exento de dificultad, pero también que se han dado pasos destacados y que, precisamente gracias a los esfuerzos realizados en el Derecho internacional, pudiera haber la posibilidad de establecer una suerte de normas de *ius cogens cibernético* que garantizaran determinados derechos fundamentales de los ciudadanos, especialmente vinculadas a su privacidad, la libertad de expresión o la transparencia de las Administraciones cuando utilizan el IoT y la IA en sus procedimientos¹⁰. Junto con ellas, no cabe duda de que son imprescindibles unas garantías mínimas respecto al cuerpo físico de internet. Se trata de un proceso apasionante que tarde o temprano deberá abordarse, igual que la desmedida influencia y tamaño de actores centrales de internet como las empresas tecnológicas más grandes del mundo.

En este contexto, la UE ha desarrollado un corpus normativo que ciertamente constituye un hito mundial que hace que esta región esté en la vanguardia de la sociedad global. Los Reglamentos de Protección de Datos 2016/679 de 27 de abril de 2016, sobre Mercados Digitales 2022/1925 de 12 de octubre de 2022 o sobre Servicios Digitales 2022/2065 de

9 CELADA, C., «Ius Cogens y Derechos Humanos: Luces y sombras para una adecuada delimitación de conceptos», op. Cit.

10 En este sentido, DE LA CUEVA plantea las deficiencias del bono social energético, donde un algoritmo asigna o no la ayuda, sin que el administrador pueda saber a ciencia cierta si lo está haciendo con arreglo a derecho, ya que no es posible acceder al código fuente de la aplicación que lo decide, denominada BOSCO. V. DE LA CUEVA, J., «El derecho a no ser gobernados mediante algoritmos secretos», <https://www.elnotario.es/opinion/9636-el-derecho-a-no-ser-gobernados-mediante-algoritmos-secretos>

19 de octubre de 2022 constituyen un muy relevante avance en la protección de los usuarios de internet. Esta legislación aplicable tuvo su inicio en la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), que fue traspuesta por la Ley 34/2002 de 11 de julio sobre Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico.

El Profesor MARTÍNEZ CABEZUDO desarrolla un minucioso análisis sobre las previsiones del Reglamento de Servicios Digitales en el que señala que la propia legislación reconoce que los retos que plantea la Red «han de ser abordados en su conjunto si se quiere construir un marco jurídico donde los derechos de los ciudadanos no se entiendan como cargas económicas sino como los límites del marco democrático».

Y es, precisamente, esta cuestión una de las que hacen de este estudio un análisis sobresaliente y completo de la normativa europea. El autor es capaz de conjugar el rigor del análisis jurídico con una mirada también crítica sobre las insuficiencias de una legislación que naturaliza el hecho de que la propia Comisión no se refiera al ciudadano, sino, a la figura del consumidor de servicios *online*. La utilización de este concepto es relevante y es tenida en cuenta en el análisis para enriquecerlo. Se trata además de una legislación que busca preservar un equilibrio entre ciudadanos, instituciones y agentes económicos con el fin de proteger a los consumidores la transparencia y la rendición de cuentas, junto con la protección de la competitividad del mercado interior.

En su comentario, el autor subraya sus aspectos positivos —en sí contar con esta herramienta es ya un paso delante de gran valor— pero al mismo tiempo, es capaz de identificar las insuficiencias dentro del texto legal que se pueden resumir en la indeterminación normativa, cuya manifestación consiste en que algunos términos del Reglamento pueden ser fuentes inútiles para la garantía de los derechos fundamentales. Junto con este problema, el autor identifica una cierta debilidad o pasividad, de la acción institucional de las instituciones comunitarias al no ser lo suficientemente claro en la imprescindible vertiente coactiva que ha de tener cualquier legislación de esta entidad o de la legislación o de la posibilidad de diferentes tipos de sanciones en función del Estado. Esta última cuestión supone un claro riesgo, tal y

como sucede en el caso de las obligaciones tributarias de las grandes empresas de internet.

Finalmente, el Profesor MARTÍNEZ CABEZUDO realiza una advertencia que a cualquiera que esté al día de las transformaciones que tienen relación con el derecho desde la llamada globalización, es el desplazamiento de la función judicial del sector público al privado, lo que significa «la obligación de la resolución extrajudicial de los conflictos para las cuestiones relacionadas con las plataformas en línea, independientemente de su tamaño». Aunque sea una vía restringida, se confirma se confirma su desarrollo y su uso. Aunque puede tener algunas ventajas, supone un evidente desplazamiento de la acción de juzgar de unos entes a otros con consecuencias que aún no podemos predecir.

En suma, se trata de un libro muy recomendable para los juristas interesados en el desarrollo legislativo en internet y, en este caso concreto, las respuestas que la UE da al desarrollo de IoT. En el mito de Pandora se abre una vasija que dispersa por el mundo todo tipo de males y al cerrarla queda atrapada la esperanza. Este dilema ha ocupado a los estudiosos del mundo antiguo durante siglos. Como señala MAYOR, hoy esta cuestión es más pertinente que nunca, porque quién puede resistirse a abrir la caja de Pandora de la tecnología que nos promete innumerables bienes. Sin embargo, corremos el peligro de ser ajenos a sus desafíos sociales o morales¹¹. Tanto el derecho democrático como sociedades informadas y responsables pueden significar la diferencia entre un futuro de penalidades o de posibilidades.

Rafael Rodríguez Prieto, Sevilla, 2023.

11 MAYOR, A., Dioses y robots. *Mitos, máquinas y sueños tecnológicos en la antigüedad*, Desperta Ferro Ediciones, Madrid, 2019, 199 y 204.

El motivo de esta monografía es el análisis del Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE o Reglamento de Servicios Digitales. Desde un primer momento se advierte la importancia de esta materia para el funcionamiento de las instituciones comunes, que si bien, no ha llegado con la premura necesaria, sí que es interesante que el Legislador europeo haya comprendido la hondura del asunto. Lo vemos ya en el primer Cdo., donde leemos *«La mayoría de los ciudadanos de la Unión utiliza ahora este tipo de servicios a diario. Sin embargo, 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»*. Dos interesantes cuestiones emergen de esta primera llamada de atención, la conciencia de la ubicuidad de los dispositivos con acceso a la red y la increíble penetración social que estos han tenido. Para bien o para mal, estos han cambiado de manera sustancial la sociabilidad a todos los niveles, desde la relación del ciudadano con la administración hasta la concepción misma de intimidad y exposición pública. Las empresas y agentes que están en el centro de todos estos nuevos servicios se han vuelto algo más que empresas emergentes, como da cuenta la ley, hay que ser consciente del papel fundamental que juegan en el vivir cotidiano.

FERNANDO MARTÍNEZ CABEZUDO

Licenciado en Derecho y Antropología Social y Cultural por la Universidad de Sevilla. Completó el Programa de Doctorado del Departamento de Derecho Público de la Universidad Pablo de Olavide «Pensamiento Político, Democracia y Ciudadanía», realizando el posdoctorado en el Centro de Estudios Sociales de la Universidad de Coimbra. Actualmente es profesor en el Área de Filosofía del Derecho y Política del Departamento de Derecho Público de la Universidad Pablo de Olavide y participa como miembro y coordinador de la línea de investigación Revolución Digital y Audiovisual en el Centro de Estudios Avanzados «Laboratorio de Prácticas y Pensamiento Político» (LIPPO) adscrito a esta misma universidad. Sus temas de investigación se centran en las implicaciones filosóficas/políticas/jurídicas que entraña el cambio tecnológico y su relación con el modelo económico-social.

PVP 18,00 €

ISBN: 978-84-1194-134-1



9 788411 941341