ACTIVOS DIGITALES Y PRINCIPIOS JURÍDICOS ELEMENTALES: LA RELEVANCIA DE LO OBVIO

ALBERTO TORNERO SUÁREZ

PwC

«Obedeciendo a una ley irrevocable, la historia niega a los contemporáneos la posibilidad de conocer en sus inicios los grandes movimientos que determinan su época»

Stefan Zweig
El mundo de ayer

Desde la llegada de la llamada «economía digital», se ha venido apreciando la distancia entre la evolución tecnológica y la capacidad del individuo para entender las estructuras jurídicas básicas de su relación con la tecnología. Cuestiones como el uso de los datos personales, herramientas como el block-chain, o la descarga de contenidos sin pagar ningún tipo de contraprestación con la mayor sensación de impunidad suponen cambios relevantes en

nuestra forma de relacionarnos con los demás y con las cosas. Los ciudadanos muestran un desconocimiento muy relevante de las materias jurídicas relacionadas con la tecnología. Es más, su sensación de desprotección es palpable y se manifiesta de forma muy clara en encuestas y opiniones. Pero se producen situaciones paradójicas ya que, siendo lo anterior así, los ciudadanos continúan aceptando condiciones generales de contratación, políticas de privacidad o «cookies» sin siquiera plantearse la posibilidad de leerlas.

Esta percepción de incertidumbre y desconocimiento de las cuestiones básicas jurídicas en relación con la tecnología dista mucho de producirse exclusivamente en personas analfabetas tecnológicamente o con bajos conocimientos en tecnología.

Ingenieros informáticos, en telecomunicaciones, matemáticos y otros profesionales íntimamente relacionados con los desarrollos tecnológicos más punteros tienen serias dudas sobre cuestiones tan básicas

como la titularidad de los datos, la capacidad de explotación de información o la propiedad sobre sus desarrollos(1).

Ambas circunstancias son especialmente sorprendentes. Las personas no expertas en tecnología llevan a cabo actos que tienen consecuencias para ellos asumiendo su total desconocimiento o falta de interés. Por otro lado, los expertos desarrollan modelos donde las cuestiones de negocio más elementales (propiedad, explotación, titularidad) quedan en manos de otros -los expertos jurídicos-, a los que en muchos casos consultan en fases muy terminales del desarrollo, si es que llegan a hacerlo.

Para explicar estas formas de actuar tan arriesgadas como alejadas de un básico sentido común jurídico, se tiende a utilizar argumentos por lo demás bastante generalizados:

- El derecho y la legislación van por detrás de la tecnología.

- Los abogados utilizan terminología incomprensible y las cláusulas son ininteligibles
- En las carreras relacionadas con la tecnología se da poca formación jurídica.
- Las grandes corporaciones están interesadas en mantener esta situación
- No se pueden poner límites a una cuestión tan disruptiva como la tecnología (2)

Sin entrar en la bondad o veracidad de las razones aducidas, parece obvio que esta situación de desconocimiento mezclado con desinterés supone un problema grave para que los usuarios de la tecnología tengan una relación sana y segura con la tecnología. Asimismo, esta forma de actuar les genere para los expertos en tecnología riesgos relevantes, tanto para la legalidad de sus proyectos como, en algunos casos, para la propia viabilidad de los mismos. (3)

QUÉ HA HECHO LA LEGISLACIÓN ↓

También sería preciso analizar cómo los diversos Estados han legislado en estas materias. Es cierto que la forma de afrontar el desarrollo de normas en esta materia tiene complejidades relevantes: la velocidad del desarrollo de la tecnología, la universalización de su uso y las dificultades de dar una respuesta basada en el principio de territorialidad (4) a circunstancias que traspasan en milisegundos las fronteras de los estados son algunas de ellas.

Es posible también que los agentes jurídicos en general -juristas, legisladores, abogados- hayan enfocado un cambio tan radical desde una más de técnico-jurídica y legislativa, que revisando estos cambios en profundidad y de manera radical. (5)

Además, la necesidad de cubrir todos los aspectos jurídicos de estos entornos complejos y cambiantes ha hecho que, en muchas ocasiones, los servicios jurídicos de las empresas hayan generado cláusulas y condiciones de uso de webs y aplicaciones informáticas excesivamente largas y farragosas, con una terminología a veces excesivamente técnico-jurídica (6).

Ambas circunstancias -longitud y complejidad- han venido a incrementar la sensación de distancia y poca claridad para los usuarios, contribuyendo así a su ya inicial falta de interés por estas materias.

Cómo puede apreciarse, la situación no es muy alentadora. Pero también ha habido avances.

LOS AVANCES EN LA PRIVACIDAD ↓

La aprobación del Reglamento Europeo de Protección de Datos (7) ha supuesto para la Unión Europea, y en parte para todo el planeta, una palanca de protección y de regulación fundamental para la evolución en este tipo de normativas.

Casi cuatrocientos cincuenta millones de personas con una única legislación aplicable en un aspecto tan relevante como los datos personales es sin duda una muy buena noticia, con independencia de las posibles mejoras o avances que hubieran sido deseables para una norma de esta naturaleza.

Desde el inicio del desarrollo de la tecnología, la privacidad se mostró como un elemento esencial a tener en cuenta por el legislador.

A principios de la década de los setenta del siglo XX, con un desarrollo aún incipiente de la informática, el Estado de Hesse, en la República Federal Alemana aprobó la primera normativa en materia de protección de datos (8). Nuestra propia Constitución de 1978 establece en el apartado 4 de su artículo 18, dedicado a la protección de la intimidad, la obligación de las administraciones públicas de velar por una buena relación entre tecnología e intimidad (9).

Varias son las directivas europeas y normas españolas que han venido desarrollando esta protección desde entonces. Asimismo, muchos países del mundo cuentan ya con normas que protegen la privacidad de las personas.

Toda esta regulación trata de evitar que las capacidades de la tecnología en almacenamiento, tratamiento y gestión de la información conculquen los derechos y la intimidad de los ciudadanos.

Esta evolución ha sido muy relevante. De hecho, cuando alguien piensa en cuestiones legales relacionadas con la tecnología, la primera materia que se cita es la protección de datos, lo que muestra la sensibilidad y presencia en la sociedad de esta cuestión.

Es un trabajo que sigue afrontando retos a medida que la tecnología avanza, y que cada vez se muestra como una clave de negocio más relevante, más allá de su pura dimensión jurídica (10).

Mucho queda por hacer, pero mucho se ha hecho también.

¿Y SI LA CUESTIÓN ES OTRA? ↓

Como hemos indicado, la sensibilización sobre la protección de datos está muy presente ya en la sociedad, y busca proteger al individuo de los peligros de la tecnología para su intimidad y su privacidad.

Pero cabe preguntarse si es la privacidad la única cuestión jurídica relevante en la economía digital. O, siquiera, la más relevante. Veamos cómo enfocar esta cuestión.

La legislación sobre privacidad protege a los individuos del uso de sus datos personales. Pero nada dice del resto de activos digitales que se utilizan a diario: datos no personales, software, algoritmos, creaciones, etc.

El artículo 4 del Reglamento Europeo de Protección de datos define los datos personales como *toda in-*

formación sobre una persona física identificada o identificable; se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona.»

Por lo tanto, esta normativa no aplica a la información sobre aquellos que no sean personas identificadas e identificables. Por ejemplo, ¿de quién son los datos meteorológicos? Y los datos de navegación sobre los buques, por ejemplo. Porque para la captación de los datos meteorológicos hacen falta inversiones muy relevantes, igual que para la gestión de la navegación marítima. ¿Quién es el titular de esos datos? (11)

Si una empresa sensoriza un campo de olivos para permitir que el titular de la explotación pueda conocer la información de sus olivos en tiempo real, ¿puede esa empresa utilizar posteriormente esos datos para generar modelo de big data y ofrecérselos a otras explotaciones de olivos? Más adelante hablaremos de esto.

Pero no sólo es cuestión de datos.

Si una empresa que está desarrollando un programa de gestión empresarial (ERP en sus siglas en inglés) y contrata a un proveedor especializado en una parte muy concreta del ERP, ¿la empresa que desarrolla es dueña de ese programa de ordenador o tiene que compartir la propiedad con su proveedor que también aportó una parte? ¿Vale con una factura para entender que el proveedor ha cedido sus derechos, o es preciso firmar un acuerdo de licencia? Esto tiene una clara solución en materia de propiedad intelectual pero cabría preguntarse el número de responsables de compañías que desarrollan software que serían capaces de afrontar este tipo de cuestiones.

Son preguntas que, teniendo un sustrato jurídico, impactan de manera frontal en el negocio.

De hecho, avancemos un poco más y entremos en el uso que hacen los ciudadanos de la aplicaciones en sus teléfonos inteligentes.

Cuando una persona se descarga una aplicación en su teléfono móvil, ¿es su primera intención la gestión de sus datos personales? Probablemente no. Lo que está buscando es una aplicación que le permita, por ejemplo, comunicarse y enviarse mensajes con otras personas. El uso de sus datos personales es para él, en la mayor parte de los casos, una circunstancia aleatoria en la que a veces ni repara.

Por lo tanto, aunque la persona no sea consciente, la causa del contrato que está llevando a cabo es la de disfrutar de un servicio de comunicación con otros. Y el tratamiento de sus datos es para él totalmente accesorio en dicho contrato.

Fijémonos que las preguntas que hemos venido realizando no son cuestiones jurídicas sobre aspectos muy técnicos ligados a una legislación concreta específica o sectorial que requiera un conocimiento profundo del Derecho.

Estamos hablando de cuestiones elementales a la hora de desarrollar un modelo de negocio, o relacionarnos con nuestros activos, ya sean digitales o analógicos. Cuestiones como la propiedad, explotación de activos, titularidad, causa de los contratos, contraprestación, etc. Y la legislación de protección de datos responde en un porcentaje muy limitado de las mismas.

ESTA INCERTIDUMBRE, ¿TAMBIÉN SE DA EN EL MUNDO ANALÓGICO? ↓

Es importante dilucidar si estas cuestiones vienen derivadas por el uso masivo de la tecnología y la digitalización o si las mismas también se producen en el mundo analógico. Si estas preguntas ya están respondidas en el mundo físico, sólo habría que trasladar la respuesta al entorno digital.

Durante los últimos años de nuestra actividad docente (12), cuando comenzamos nuestras sesiones sobre tecnología y derecho con profesionales del ámbito de la tecnología y los negocios, la primera pregunta que realizamos es cuáles son sus expectativas para la clase.

Generalmente, estos profesionales buscan conocer más sobre cuestiones como de quién son los datos, cómo podrían explotarlos, cómo desarrollar un modelo de negocio en el que los activos que generen sean de su titularidad, qué pueden hacer con la información en redes, quién es el titular de un programa de ordenador si tiene varios empleados, de quién son los algoritmos, cómo se protegen, etc.

Estos alumnos tienen en su mayoría una amplia formación en tecnología y una larga experiencia profesional. Y, sin darse cuenta, de forma casi ingenua, manifiestan tranquilamente que sus expectativas son conocer la propiedad, capacidad de explotación, titularidad, etc. de los activos con los que llevan trabajando tantos años. Es decir, llevan una parte relevante de su carrera profesional trabajando en estas materias, sin hacerse preguntas tan elementales como estas.

¿Cómo es esto posible?

Si el programa de formación al que asisten, en lugar de versar sobre big data o inteligencia artificial, fuera sobre el sector inmobiliario, y tuviesen una clase «jurídica», ¿tendrían duda de si los inmuebles son suyos o de sus clientes? ¿Necesitarían un abogado para saber qué es una hipoteca, cómo pueden proteger su propiedad o si el trabajo de los albañiles generan algún derecho sobre las viviendas?

No. Su respuesta generalizada es que no preguntaría eso. Entonces, ¿por qué si lo preguntan respecto

a los activos digitales como los datos, el software o los algoritmos?

Es en este momento cuando los alumnos comienzan a ver que a lo mejor han estado mucho tiempo sin hacerse las preguntas correctas para su actividad profesional.

MÁS ALLÁ DE LOS PROFESIONALES DE LA TECNOLOGÍA ▼

Pero más allá de los profesionales de la tecnología, veamos cómo se comportan los usuarios en general.

En varias ocasiones hemos tenido oportunidad de dar sesiones, clases o conferencias en entornos no relacionados con profesionales de la tecnología.

En estos casos, hablando sobre las aplicaciones informáticas y su uso, en un momento determinado les solicitamos a los asistentes que saquen una hoja de papel. En el encabezamiento han de escribir su nombre, DNI, dirección, dejando el resto de la hoja en blanco. Finalmente, en la parte inferior de la misma deben incluir el texto «Acepto», con su firma y la fecha al lado. Una vez lo hayan hecho, deberán entregarnos la hoja.

Tras unos segundos de estupefacción -de hecho es habitual que los más aplicados ya hubiesen sacado la hoja de papel- todos sonríen. Les preguntamos que por qué no escriben sus datos, firman el papel y nos lo entregan, como se les ha pedido. Su respuesta es unánime: porque al estar firmando un documento en blanco, en realidad no saben lo que están firmando, y por tanto creen que entregarnos ese papel es muy arriesgado para ellos.

Acto seguido, les damos la enhorabuena por su buen criterio, y les felicitamos porque ellos nunca firman nada sin leer. ¿O sí? ¿O hay entornos en los que si aceptan el contenido de cláusulas -es decir, manifestando su voluntad como si fuera una firma- sin leer aquello a lo que están consintiendo? ¿No lo hacen cuando descargan una aplicación, se dan de alta en una web o siquiera aceptan unas «cookies»?

En este momento, algunos de los asistentes tratan de esforzarse por justificar esta forma actuar. Las razones que aducen son de toda índole: dándonos ese documento firmado no saben qué podríamos escribir, en internet se supone que están más protegidos (¿?), nosotros no ofrecemos algo tan interesante como las aplicaciones de internet (!), y demás cuestiones.

Pero al final, más allá de estos razonamientos, acaban mayoritariamente reconociendo que efectivamente firman muchas cláusulas sin leerlas, y que en la gran mayoría de los casos ni siquiera se plantean su lectura.

Discúlpenos que hayamos traído estos ejemplos propios de nuestra experiencia docente. Pero entendemos que estas circunstancias podrían ser aplicables de forma muy general al grueso de los profesio-

nales que trabajan con tecnología, así como a los usuarios en general de la misma.

Llegados a este punto, consideramos esencial preguntarnos cuál puede ser la razón por la que la mayoría de los ciudadanos nos comportamos de forma tan distinta en los entornos digitales y los analógicos. Por qué cuestiones que vemos tan obvias en el mundo físico devienen tan complejas en el mundo digital.

Hemos de cuestionarnos por qué actuamos frente a un acto de idéntica tipología -dar un consentimiento- de manera tan diferente en el mundo analógico que en el digital. Será porque desconocemos la ley de protección de datos.

No. La respuesta a esta pregunta es generalmente que no. No es una cuestión de privacidad, al menos no es su gran parte. Estas preguntas van mucho más allá. Van mucho más profundo.

Quizás resulte que la naturaleza de los activos, la rapidez, la inmediatez y, en general, la experiencia en el mundo físico es radicalmente distinta al mundo digital. Y esto, necesariamente, ha de tener sus consecuencias.

LA RELEVANCIA DE LO OBVIO ▼

La tecnología ha traído muchos cambios en las últimas décadas. Estos cambios han supuesto grandes cotas de progreso para la humanidad. También han traído nuevos problemas y conflictos. Retos nuevos, en general.

Pero la revolución probablemente más trascendente y menos perceptible es una muy concreta: la tecnología ha cambiado la sustancia de las cosas.

Permítanme que utilice la etimología para argumentar esta afirmación.

La digitalización es, como bien se conoce, uno de los cambios más importantes de la humanidad. Y digitalización proviene de la palabra latina *digitum*, que significa dedo, y que creó el término *número dígito*. Los números dígitos son números que se expresan con un solo guarismo.

Es decir, la digitalización consiste, permítasenos la expresión, en transformar la realidad en números.

Pero la digitalización va mucho más allá. Las tecnologías de la información y las comunicaciones desarrolladas durante el último tercio del siglo XX pusieron las bases para que en la actualidad sea posible almacenar, tratar, transformar y transmitir esa representación de la realidad que supone la digitalización de forma rápida, sencilla y barata.

Porque, gracias a la tecnología, esta digitalización ha convertido a las cosas que más valor tienen desde una perspectiva económica en activos intangibles. Y, claro, nada mejor para ser almacenado, tratado y transportado que aquello que no ocupa un espacio físico.

Nadie puede tocar un dato. Nadie puede partirlo, nadie puede romperlo. Nadie puede tampoco meterse en el bolsillo un software, o tirarlo a la basura. Se puede hacer eso con el dispositivo que almacena el dato, pero no con el dato en sí. Además ese mismo dato, ese mismo software puede estar en millones de dispositivos a la vez (13).

Por lo tanto, he aquí la relevancia de lo obvio: de repente los activos más importantes no se pueden tocar. Son intangibles. Y eso es la primera vez que le ocurre al hombre en la historia.

LA INTANGIBILIDAD COMO EJE DEL CAMBIO ↓

También la etimología puede ayudarnos a entender la relevancia del concepto «intangible» que ha generado la digitalización.

Intangible viene del prefijo *in* -que tiene entre otras muchas acepciones la de negación- y del verbo latino *tango, tangere*, que significa tocar. Por lo tanto, lo intangible es lo que no se puede tocar.

Siempre han existido activos intangibles. Estos se han relacionado con elementos empresariales muy relevantes - la reputación de una empresa o su marca- o cuestiones más creativas o espirituales -la música, la poesía, o los sentimientos-.

Estas cuestiones que, por su naturaleza, han sido siempre complejas en su vertiente empresarial, han tenido un valor relevante en muchas industrias -marcas, patentes, música, etc.-. Pero si tomamos la historia de la economía y las relaciones mercantiles entre las personas desde que el hombre comenzó a vivir en comunidad la importancia de estas industrias era marginal en términos absolutos.

Pero esta marginalidad se ha esfumado de forma drástica y radical en las últimas dos décadas.

La llegada de la tecnología y especialmente de la digitalización ha hecho que los activos más importantes a nivel mundial desde una perspectiva económica y estratégica sean digitales. Las principales compañías del mundo tienen su valor principal en activos no tangibles, y especialmente en dos: los datos y el software.

El uso masivo de estas tecnologías, la capacidad de generación casi infinita de datos y su gestión por los programas y aplicaciones informáticas han motivado que los activos digitales sean, hoy por hoy, la tipología de activo más presente en la economía.

Si a esto le unimos la experiencia cada vez más amigable de estas aplicaciones y la práctica omnipresencia de tecnología en nuestras vidas, podemos concluir que la tecnología y sus activos esenciales -datos y software- son, hoy por hoy, los elementos con mayor valor de la economía mundial.

Esto podrá, en el año 2022, parecer una obviedad. Y que estos estos activos no se tocan, también podrá parecerlo.

Pero, obviedad tras obviedad, conviene valorar las consecuencias no tan obvias de esta auténtica revolución en las cosas: Tendremos que preguntarnos si es relevante el hecho de que el ser humano, que lleva milenios configurando sus relaciones basadas en activos tangibles -la cosecha, los muebles, los automóviles, el combustible, la comida, los inmuebles, etc.- pueda de repente acostumbrarse de la noche a la mañana a utilizar activos intangibles.

O mejor aún, ¿Están pensadas las estructuras básicas del ser humano para tratar, para transar, gestionar, en definitiva, convivir de forma masiva con activos intangibles, y que estos activos sean la principal fuente de riqueza para el ser humano?

Porque, en el fondo, las principales estructuras básicas por las que el ser humano se relaciona con los demás seres humanos y con las cosas que le rodean son estructuras jurídicas. De hecho para eso sirve, en esencia, el Derecho.

Por lo tanto, la pregunta esencial será si la característica de ser intangible de los activos digitales -datos y software- ha cambiado las reglas elementales con las que el ser humano se relacionaba con las cosas. ¿Estará este cambio trascendental en el núcleo, en la base de esta dificultad intrínseca de la relación entre la tecnología y nuestras estructuras jurídicas básicas?

Tratemos de dar respuesta a esta pregunta con ejemplos prácticos.

PRESUNCIONES CON EFECTOS JURÍDICOS ↓

A la hora de analizar el posible impacto de la inmaterialidad de los activos digitales que ha traído la tecnología hemos de buscar instituciones jurídicas muy básicas y elementales, que sean perdurables y que informen y trasciendan a la pura legislación concreta.

Una de las estructuras básicas más potentes son las presunciones con efectos jurídicos.

Desde que los seres humanos se relacionan entre sí han tratado de establecer fórmulas que busquen dos elementos claves para la convivencia: la paz y la seguridad. De hecho, el fin último del derecho es buscar esa paz y seguridad en función del elemento que las hace duraderas: la justicia.

Una de las herramientas claves en este sistema de seguridad son las presunciones. Las presunciones son hechos que la ley tiene por ciertos, sin necesidad de que sean probados.

La etimología de la palabra presunción viene del prefijo latino *prae*, que significa «primero, anterior» (14) y del sustantivo latino *asumptio*, que significa «hacer propio, asumir».

Por lo tanto, las presunciones hacen que asumamos determinadas circunstancias como ciertas de forma previa a un juicio racional. Son procesos que tenemos incluidos en nuestra «placa base» como seres

humanos, una especie de «semiconductores jurídico» que aprendemos desde la infancia por el ejemplo de nuestros mayores o por la propia experiencia empírica.

Existen todo tipo de presunciones: físicas -la lluvia moja-, morales -si eres bueno tendrás recompensa-, biológicas -la madre cuida de sus crías-, etc. La mayoría de las presunciones tienen excepciones -no siempre tener un buen comportamiento acaba en recompensa, o hay madres que eliminan a algunas de sus crías-. Otras, en cambio, no admiten esta prueba en contrario -si llueve y estás bajo la lluvia, te mojarás-.

El derecho ha venido utilizando estas presunciones desde el inicio de los tiempos, ya que las mismas ayudan a generar seguridad jurídica. Pongamos algún ejemplo.

Una de las presunciones jurídicas más conocidas es la «presunción de inocencia». Esta dice que todo ciudadano es inocente hasta que se demuestre lo contrario. Es decir, hasta que no se demuestre la comisión de un delito o una falta, aquel que haya sido acusado será considerado como inocente. (15)

Las presunciones no establecen que lo que se presume sea cierto. Así, la presunción de inocencia no dice que el ciudadano acusado sea inocente (16). Lo que establece es que se le considerará inocente hasta que no se pueda probar que efectivamente cometió los actos u omisiones que le convertirán en reo de pena.

La presunción de inocencia ha dejado en libertad a muchos culpables, pero la sociedad entiende que es mejor que nadie pueda ser encarcelado sin pruebas a que aquellos que cometieron un delito que no pueda probarse estén en libertad. Al final, todo es una cuestión de proteger la seguridad del grupo, por medio de razonamientos que se consideran justos.

Como hemos visto, las presunciones con efectos jurídicos no funcionan de manera absoluta. De hechos, existen dos tipos de presunciones con efectos jurídicos: aquellas que admiten prueba en contrario (denominadas presunciones *iuris tantum*) y las que no admiten prueba en contrario (denominadas *iuris et de iure*).

Las más interesantes y controvertidas son obviamente aquellas que admiten prueba en contrario, puesto que de origen están indicando que lo que se asume puede no ser cierto.

Una de las presunciones más antigua con efectos jurídicos y sociales más relevantes es la paternidad. Es decir, la asunción de que una persona sea hija de un varón concreto.

Desde el origen de los tiempos, las sociedades han asumido que los hijos nacidos dentro de una relación estable entre un varón y una mujer eran hijos de ambos. Como es sabido, las consecuencias jurídicas de esta presunción son esenciales: la pertenencia a la

familia, la patria potestad de los padres sobre los hijos, la herencia, etc.

Pero la paternidad biológica no es una cuestión de presunciones. Un gameto se forma por la conjunción de material genético de un hombre y una mujer. Por lo tanto, el padre será el padre en función de que fuese él, y no otro varón, quien aportase ese material genético.

Pero, como bien sabemos, la ciencia genética es algo relativamente nuevo, y padres y madres tanto biológicos como legales ha habido desde siempre. Sólo hasta hace unas décadas ha sido posible confirmar, por medio de las pruebas genéticas, la efectiva paternidad de un individuo en concreto (17), ya que esta presunción, como sabemos, admite prueba en contrario.

Esta posible discrepancia entre la paternidad real y la atribuida o putativa (18) no ha sido nunca ajena al derecho. Los romanos utilizaban la máxima de *mater semper certa* (sobre la madre no hay dudas). No se decía lo mismo del padre. Asimismo, en el judaísmo, la condición de judío se transmite por la madre, con independencia de cuestiones religiosas sobre la razón de esta atribución -de ahí el hecho de que Jesucristo fuera judío-.

Por todo lo anterior, hemos visto que las presunciones son fuentes de consecuencias jurídicas de una importancia radical. Muchas de ellas admiten prueba en contrario, pero es evidente que la propia existencia de la presunción es clave para la generación de efectos jurídicos. El inocente lo será hasta que se demuestre lo contrario, así como el hijo será del padre reconocido hasta que no haya prueba -o evidencia incontestable- que rompa tal presunción.

POSESIÓN Y PROPIEDAD

Quando vemos que una persona lleva puesto un abrigo o lleva un reloj en la muñeca, sin ningún elemento extraño a ajeno que nos haga sospechar, asumiremos que ese reloj o el abrigo es suyo, o bien que alguien se lo ha prestado.

Esta asunción es tan potente y está tan arraigada en la sociedad -de hecho es prácticamente un elemento antropológico- que probablemente ninguno de nosotros la utilice de forma consciente. Ni reparamos en pensar si el reloj será de la persona que lo lleva. Sólo cuando concurren circunstancias extrañas -un revuelo, una apariencia sospechosa, etc- es cuando lo pondremos en duda.

La razón de que operemos de esta forma es por la existencia de una de las presunciones más antiguas: la posesión de un bien de forma pacífica presume que quien ostenta dicha posesión es dueño de la cosa que posee, o en su defecto, que ostenta tiene un justo título para poseerla. (19)

Esto lo podemos extrapolar a todas nuestras interacciones con otros seres humanos. La ropa que otro vis-

te, los complementos que lleva, el vehículo que conduce, la comida que ingiere, el piso donde habita, etc. De forma general no le pediremos a nadie -ni esperamos que nadie nos lo pida- el título justificativo de que la prenda que lleva es suya o que el coche que conduce es de su propiedad o lo alquiló.

En todos los casos anteriores, salvo que se den circunstancias que rompan la apariencia de buen derecho (*fumun bonis iuris*) esta presunción funcionará de manera automática.

De hecho, gran parte de la fortaleza de esta presunción es que se aprende de manera inconsciente desde la infancia. Es común que si se coge el juguete de un niño pequeño, éste reclame el juguete para sí. Pero no reclama que quien lo posee en ese momento deje de hacerlo, por ejemplo poniéndolo sobre el suelo o la mesa. El niño querrá aprehenderlo, querrá tomarlo, tenerlo en su posesión, ya que esa será la forma más potente de salvaguardar la propiedad de su bien.

Estos procesos se quedan grabado en nuestro cortex, y funcionará como referencia para nuestra actuación y relación con los demás en nuestro día a día, pasando de generación en generación. La presunción de que posesión presume propiedad o justo título es una especie de reminiscencia jurídica de nuestros más antiguos antepasados.

POSESIÓN DE ACTIVOS INTANGIBLES ¶

Una vez vistos los efectos jurídicos que supone la posesión de un bien de forma pacífica y de buena fe, analicemos cómo se aplica esto al mundo de los activos digitales.

Para poder acceder a utilizar los datos o los programas de ordenador es imprescindible tener un dispositivo. Este dispositivo (un ordenador, un teléfono móvil, una tableta) puede tener su propia memoria, o bien lo podremos utilizar para acceder a la nube, donde estén almacenados nuestros activos digitales.

Pongamos el caso de un portátil que tiene almacenados datos, programas de ordenador, películas, canciones, artículos y otros activos en su memoria local. Si nosotros preguntamos a un grupo de personas si creen que todos los activos digitales que contiene ese dispositivo son de su titularidad o, en su defecto, tiene justo título para usarlos, será interesante preguntarnos qué creemos que nos contestarían.

Estas personas poseen el ordenador portátil, y en función de las presunciones que da la posesión, no suelen dudar que el dispositivo es suyo. Pero ¿y en relación con lo que está dentro?

Podríamos preguntarnos quién puede afirmar que todo lo que tiene o ha tenido en su ordenador portátil, en su teléfono móvil, en su ordenador fijo o en su tableta es suyo o tiene o tenía justo título para almacenarlo y utilizarlo. Nunca descargó una canción, una

película, un videojuego o cualquier otro contenido sin adquirirlo de forma legal y pagando por ellos. Nunca instaló un software sin adquirir la correspondiente licencia, y todos los activos -libros, documentos, logos, etc.- que tiene almacenados en su ordenador o, incluso, en la memoria que pueda tener en la nube, son suyos o tienen justo título.

Sin duda habrá quién podrá afirmarlo. Pero podremos afirmar sin miedo a equivocarnos que no será lo más común.

Al inicio de nuestras clases a los alumnos les hacemos esta misma pregunta. Es muy habitual que la respuesta sea unánime: no, no podemos sostener la afirmación de que todo lo que está en sus equipos sea suyo o tengan justo título.

Siempre alguien descargó o puede descargar muy fácilmente estos activos digitales, sin siquiera plantearse si son suyos o tiene justo título. Es más, muchas veces es justo a la inversa: conoce a la perfección que eso que tiene ni es suyo, ni lo adquirió de buena fe ni tiene justo título.

Y esta presunción está completamente aceptada. En nuestra sociedad es posible asumir que si uno lleva a cabo una auditoría de los ordenadores de las personas que utilizan la tecnología -tanto a nivel usuario como profesionalmente- puede ser bastante común que tengan, en sus dispositivos, activos digitales que no son suyos ni para los que tienen justo título.

Véase la relevancia de esta asunción. Es más, véase que estamos, de facto, frente a una nueva presunción.

Para los activos digitales, la antiquísima presunción de que la posesión de buena fe presume propiedad o justo título se rompe. No sirve. Simplemente no funciona.

Nadie asume que lo que tú tienes dentro de tu ordenador es tuyo. El dispositivo sí. Pero éste no sirve para nada más que para utilizar los activos digitales que están almacenados o para conectarse a allí donde estén en la nube. (20)

Nótese por tanto la ruptura radical, esencial, casi ontológica que supone la relación que tienen los seres humanos con los activos digitales.

Poseerlos no genera en absoluto una apariencia de justo título. En absoluto. Sólo presume que lo tienes y que puedes -desde la perspectiva de capacidad, no de actuación legítima- utilizarlo. Nada más. No pueden aplicarse por tanto los efectos de la posesión que si se aplican en el mundo físico a los activos tangibles.

De repente, hemos roto con el pasado. Hemos roto con una estructura básica de relación entre los hombres y de relación con las cosas cuando tratamos con activos digitales.

Pero la cuestión no es sólo que esta presunción no funcione. El auténtico problema real es que el individuo

no es consciente de ello. Y consideramos imprescindible preguntarse por qué no somos conscientes de esta ruptura, cuando sus efectos son tan relevantes.

A nuestro juicio, la respuesta es sencilla: por que uno no se va preguntando si son válidos los principios sobre los que está construido y que ha aprendido de forma inconsciente desde su más tierna infancia. Principios que además siguen completamente vigentes para los activos que no son digitales, y con los que sigue relacionándose.

Por lo tanto, la tecnología y la digitalización han provocado que esta presunción se rompa, y que tengamos de hecho que asumir, mientras vemos qué se construye, que la misma no sólo no funciona sino que, además, puede jugar en nuestra contra.

PONGAMOS UN EJEMPLO PRÁCTICO ↓

Más arriba citábamos el ejemplo de una empresa que proponía al dueño de una explotación de olivos una aplicación que pudiera conocer el estado de cada árbol en tiempo real. Esto le permitiría tomar decisiones sobre su cultivo de forma mucho más ajustada. Para ello, la empresa de software tendría que instalar sensores en cada olivo, que irían recabando los datos para ser utilizados posteriormente en la aplicación.

Este servicio funcionó muy bien, y la empresa de software empezó a tener muchos clientes.

Cuatro años después la empresa se dio cuenta de la cantidad de datos de olivos que tenía almacenados, y sus directivos tuvieron una gran idea: generar modelos de big data que predijeran el comportamiento del cultivo de la aceituna en base a datos reales captados por sus sensores durante los últimos cuatro años.

Tras el desarrollo correspondiente, la compañía de software empezó a comercializar su modelo de big data, que resultó ser un éxito. La empresa incrementó sus ventas de forma vertiginosa, llegando a facturar varios millones de euros en pocos años.

En medio de este momento de éxito, la empresa recibe una comunicación del primer olivarero, a quien le ofrecieron el servicio para conocer la situación de los olivos en tiempo real. El dueño de la explotación, tras felicitar a los directivos por el éxito de su empresa, les comunicó que es preciso que se ponga en contacto, ya que habían de llegar a un acuerdo sobre cuánto debe pagarle la empresa de software por usar los datos de sus olivos.

Este caso, basado en varios casos reales fruto de nuestra experiencia profesional, es francamente complejo de resolver. Primero es preciso dejar aparte cuestiones que parecen relevantes pero que en realidad son accesorias: el olivarero pagó por el servicio, pero no había dicho nada de los datos; los sensores son de la empresa de software pero los olivos no; el hecho de que la empresa gane dinero es indiferente si asumi-

mos que los datos son del dueño de los olivares, ya que si es así debería pagarle con independencia de si tiene éxito o no, así como otras cuestiones más.

La pregunta esencial, la que pone en duda el modelo de negocio de la empresa de software es una muy concreta: de quién son los datos. Quién es el titular de los datos recabados fruto de unos sensores de la empresa de software colocados en unos olivos propiedad del dueño de la explotación. Porque de quién sean los datos hará que el olivarero tenga o no base para su reclamación.

En nuestra opinión, esta pregunta no tiene una respuesta fácil. Por dos razones relevantes: ni el olivarero ni la empresa de software tienen una posición indubitada a nuestro juicio sobre la propiedad de los datos. Tampoco existe ley -o siquiera jurisprudencia- que pueda resolver este caso de forma clara.

La empresa de software podrá alegar que los sensores eran suyos, pero los datos son lo que son porque esos sensores estaban ubicados en un activo concreto. El olivo tiene en este caso tal relevancia que es imposible desligarlo de la propia naturaleza del dato, pues estos datos representan información relativa a los olivos. De hecho, esta relación es tan relevante que la buena marcha de la empresa consiste en que usó y usa estos datos para alimentar su algoritmo, que trabaja sobre previsiones en el cultivo de la aceituna.

Obviamente el mérito de que la compañía facture varios millones de euros es de sus dueños, directivos y trabajadores; de su creatividad, capacidad comercial, su visión y ambición. Pero si utilizan los datos y asumimos que pudieran ser del dueño de los olivos, sería preciso pagar una contraprestación.

Tampoco sencillo argumentar sin margen de duda que los datos son del olivarero. Decir que los datos son datos son «del olivo» sería afirmar que los mismo son como un fruto del árbol. Y esto no es así. Porque el olivo no da datos. Produce aceitunas y madera. Pero no datos.

Para que exista un activo nuevo y distinto -los datos- es preciso que se introduzca en la ecuación un elemento ajeno al olivo -los sensores- que no son del olivarero. Por lo tanto, la afirmación de que los datos son del dueño de los olivos porque es propietario de éstos no es en absoluto indubitada.

Vemos pues que el caso es complejo (21).

EL EJE DEL PROBLEMA: POR QUÉ NO SE PREVIERON LAS DUDAS SOBRE LA PROPIEDAD ↓

Pero lo razón por la que citamos este caso no es por su complejidad jurídica ni por el interés, mucho a nuestro juicio, que tiene el hecho de no tener claro de quién es la propiedad del activo en este supuesto concreto. Traemos a colación este caso para analizar la actuación de los directivos de la empresa de software.

La empresa está en este momento en una posición delicada. Pueden tener demandas muy relevantes a lo largo del mundo, ya que han utilizado para entrenar su algoritmo datos sobre cuya titularidad existen dudas. Ni siquiera es claro que estén legitimados para usarlos en esos para modelos de big data. Además, pueden tener que dar más de una explicación a sus inversores, dado que los directivos de la empresa en la que han invertido no han tenido en cuenta una cuestión tan capital.

Cabe preguntarse, por tanto, qué les ocurrió a los directivos de la compañía de software. Por qué actuaron de esta forma, utilizando los datos, con el riesgo de encontrarse en este momento con un problema semejante. Acaso desconocían esta situación o se dieron cuenta más adelante y trataron de ocultarlo.

A nuestro juicio, la respuesta podría ser mucho más simple.

Los directivos de la empresa de software simplemente aplicaron los principios básicos jurídicos que cualquier de nosotros podría haber aplicado. De repente se dieron cuenta de que *tenían* en sus servidores multitud de datos que podrían utilizar para otros fines. Y como esos datos *estaban* en sus servidores de forma *pacífica*, ¿qué les impedía utilizarlos?

Es decir, aplicaron de forma directa una de las estructuras básicas que todo hombre viene aplicando desde el inicio de los tiempos: si los datos están en mis servidores, de forma pacífica, y yo los «poseo» de buena fe, en el marco de la prestación de servicios que hago a mis clientes, ¿por qué no iba a poder utilizarlos?

Es decir, aplicó la presunción de la que venimos tratando en las últimas páginas: lo poseo de buena fe, por lo que o es mío o puedo hacer uso de ellos porque tengo justo título.

No es el objeto es este artículo entrar en el detalle técnico-jurídico para resolver esta materia. Lo que tratamos de poner de manifiesto es que estos problemas ocurren todos los días en relación con los datos no personales. Y no nos referimos a pequeños empresarios o titulares de nuevas empresas. Estas cuestiones surgen en el entorno relacionado con los activos digitales cuando sería prácticamente impensable que algo así ocurriese en relación con los activos físicos.

El problema no es que no haya una teoría jurídica que lo resuelva. El problema es que estará tan alejada de la realidad cotidiana y será preciso un análisis jurídico tan sesudo que las personas que utilizan la tecnología sólo sabrán que no se han hecho las preguntas correctas el día que tengan un problema grave. Pero son preguntas tan básicas -propiedad, explotación, posesión- que si los ciudadanos no tienen una mínima intuición, una mínima estructura jurídica para prever al menos que han de plantearse estas cuestiones, entonces es que preciso que algo cambie, porque el Derecho se está tambaleando.

He aquí como estas presunciones no sólo no funcionan, sino que pueden jugar en nuestra contra. Porque no es claro en absoluto que los datos sean de su propiedad, ni siquiera que puedan utilizarlos. Y esto coloca de repente a la compañía en una situación, como mínimo, inesperada, y genera una contingencia que no tenían prevista.

Los directivos de la empresa de software actuaron como actúan, hoy por hoy, la mayor parte de las personas que desarrollan negocios con datos, sobre todo datos no personales. Siguen aplicando principios que, como hemos visto, no sirven o que al menos son mucho menos seguros que antes.

Como mucho están sensibilizados con la legislación de protección de datos personales. Pero nada tiene que ver esto con la privacidad. Estamos hablando de cosas distintas, de presunciones mucho más profundas introducidas en pensamiento colectivo de la sociedad y en sus formas de relacionarse. Y eso no lo soluciona el Reglamento General de Protección de Datos.

A MODO DE CONCLUSIÓN ↓

El director general de la empresa de software no se hizo estas preguntas simplemente porque nadie está acostumbrado a hacérselas. Nadie piensa en este tipo de cuestiones. La razón es simple: se solucionaron hace miles de años. El hombre fue generando presunciones sobre las cuestiones básicas de la forma en la que debía relacionarse con los demás y con el resto de las cosas. Eso sí, con las cosas que se tocan.

Pero, de repente, las cosas que más valor tienen y que se generan fruto de la digitalización no se tocan. Son intangibles. Y aquí las estructuras se tambalean. No por una ley u otra, sino por la propia sustancia de la cosa.

Y de pronto muchas seguridades, muchas presunciones, se ponen en duda.

No se rompen exclusivamente los efectos jurídicos de la posesión por el hecho de que los activos digitales sean intangibles. Hay muchas más cuestiones afectadas por esta inmaterialidad de los datos o el software: la fungibilidad de los bienes digitales, la validez del consentimiento, la diferencia entre copia y original, la autogeneración de los activos y otras serie de cuestiones se ven afectadas de forma radical porque las estructuras básicas existentes no funcionan bien para estos activos.

No estamos hablando de cuestiones extrañas o lejanas. Estamos hablando del día a día de los negocios y la relación cotidiana con las cosas que llevan a cabo millones de personas que se relacionan con datos y software.

Pero si este cambio es tan relevante, ¿Cómo es posible que no seamos todos plenamente conscientes? En nuestra opinión, las causas de que no seamos

conscientes de forma masiva son sencillas y están muy presentes: la velocidad y la inmediatez.

La entrada en nuestras vidas de la tecnología ha sido tan rápida, tan increíblemente rápida, que la generación que está siendo protagonista de ello ha de hacer un esfuerzo extra de ser consciente de la profundidad que en todos los ámbitos está generando este cambio. Y de lo profundo y estructural que es el simple hecho de que los activos digitales no sean tangibles, no se puedan tocar.

Si tomamos el tiempo que el ser humano viene utilizando estos principios básicos, estas estructuras relacionales y jurídicas elementales, y en qué plazo las mismas están dejando de ser aplicables o están tambaleándose, podremos decir que lo que estamos viviendo no es un cambio, ni una revolución. Es una mutación.

Es una transformación que en apenas veinte o treinta años provoca que elementos estructurales de nuestra forma de relacionarnos entre nosotros y con las cosas no funcionen. Y no sólo que no funcionen, sino que puedan incluso jugar en nuestra contra. (22)

A MODO DE PROPUESTAS ▼

Es nuestra opinión, si se detecta un cambio que genera nuevas circunstancias, es necesario presentar propuestas concretas. Ciertamente es que por las dimensiones y objeto de este artículo, no podremos entrar en más detalle ni en el análisis realizado ni en la batería de propuestas que entendemos deberían ser valoradas.

Pero sí presentaremos una propuesta fundamental: es necesario revisar en profundidad nuestras estructuras jurídicas básicas, y proponer nuevos modelos.

Creemos que es preciso tener espacios para analizar estos cambios tan profundos. Creemos que es necesario que se generen entornos de investigación y se potencien los existentes que muestren cuáles son las consecuencias profundas del cambio de sustancia de los activos digitales.

Estamos hoy en un entorno donde la digitalización está cambiando nuestras estructuras relacionales básicas. Por tanto, es preciso hacer, como en las ciencias experimentales, ciencia jurídica básica. Pero con una intención muy concreta: generar nuevos fundamentos jurídicos que den respuesta de forma esencial a los retos que generan activos nunca vistos.

Pero no creemos que deba enfocarse como un análisis de laboratorio o una investigación doctrinal que se quede en disquisiciones teóricas o reflexiones académicas. Ni siquiera que se circunscriban a entornos exclusivamente jurídicos. Por supuesto es básico que estas cuestiones se analicen desde la perspectiva jurídica, pero consideramos que los cambios son tan esenciales que deben formar parte de estos análisis otros profesionales íntimamente involucrados: expertos en economía, tecnología, innovación o nuevos negocios, entre otros.

Ningún científico aceptará que se apliquen los principios a una materia si la misma pasa, de repente, de física o gaseosa. Es un razonamiento muy sencillo: no tienen la misma densidad, no se comportan igual frente a los cambios de temperatura, tienen diferente peso, volumen, etc.

Entonces, si los principios básicos cambian en las relaciones jurídicas, hemos de preguntarnos si no será preciso también cambiar en profundidad nuestros principios jurídicos respecto a estos activos. Si no será necesario, por tanto, analizar y, sobre todo, proponer nuevos modelos de relación que den respuesta a las nuevas realidades nacidas del hecho de que los activos digitales sean inmateriales, que no se puedan tocar. Si ha cambiado la sustancia, ¿no deberemos revisar los principios?

Se ha puesto el foco en la privacidad -cuestión completamente necesaria y fundamental- y hay un movimiento cada vez más potente que reflexiona sobre la propiedad de los datos.

Esto está bien, pero existen muchos otros elementos, quizá más prácticos y más relacionados con el día a día y los intereses de personas y empresas, que precisan una revisión profunda. Y cuando decimos profunda, queremos decir radical. Está bien proteger, pero también hay que proponer nuevos modelos jurídicos básicos que permitan que los ciudadanos puedan manejarse en el mundo digital con mínimas certezas, como ocurre en el mundo físico.

Es preciso analizar si los modelos de atribución de propiedad de los Códigos Civiles son útiles para los activos digitales. Es necesario revisar si la protección de los datos personales tendrá también que convivir con la explotación de los mismos como activos, que generen un modelo de monetización y retribución justa y adaptada a la tecnología. Será preciso revisar nuestro modelo de consentimiento y adaptarlo a nuevas realidades. Será necesario determinar cómo juega la posesión de un activo material que contiene otro inmaterial. Será preciso analizar la relación de los individuos con los activos que generan en todos los ámbitos: los relacionados con su privacidad, con su trabajo, con su condición de ciudadano y sujeto político, con su condición biológica, etc.

Creemos que es el momento de revisar nuestros principios jurídicos elementales, pero no como un ejercicio académico, sino como la base para la construcción de unas estructuras e instituciones jurídicas básicas. Estas estructuras deben dar certeza a los ciudadanos, y permitirles convivir y trabajar con ciertas cotas de seguridad.

En nuestra opinión, esta es sin duda una responsabilidad de nuestros poderes públicos. Liderar y poner el foco en estas cuestiones, destinar recursos y ponerlas en vanguardia de la generación de un nuevo modelo de relación con este tipo de activos. Es una cuestión de seguridad y especialmente de progreso.

Es posible que no sea una cuestión que suscite titulares ni abra informativos. No tendrá una atracción mediática ni probablemente pueda generar réditos concretos. Pero estas cuestiones son, a nuestro juicio la base para construir una sociedad donde nuestros ciudadanos sean capaces de contar con herramientas jurídicas básicas, aplicables, intuitivas y adecuadas, que contribuyan al desarrollo y al progreso real de la sociedad. Una sociedad en la que todos sean conscientes de las reglas básicas que aplican.

Los ciudadanos están actualmente inermes frente a estos cambios. Y las adaptaciones legislativas corren el riesgo de no entrar en profundidad en los mismos, de ser adaptaciones superficiales que hagan aún más compleja la estructura jurídica y normativa y que priven a los ciudadanos de esta sensación de seguridad.

Y donde no hay seguridad, se producen dos efectos: la incertidumbre y/o el desentendimiento. Es preciso crear estructuras entendibles y adaptadas para que los ciudadanos puedan asumirlas, sin obligarles a entender leyes complejas, que retuerzan conceptos e instituciones es posibles que caducas para estos nuevos activos, y que generen artificios jurídicos alejados de la realidad del hombre y la mujer de a pie.

Obviamente nuestra sociedad es compleja, y será preciso contar con expertos jurídicos que sean capaces de solucionar las cuestiones más técnicas o específicas. Pero es preciso dotar a los ciudadanos de estructuras básicas para relacionarse con los datos y el software, ya que las que tienen hoy parece que se tambalean.

En nuestra opinión, correremos el riesgo de crear una sociedad con personas que no saben cómo interactuar con las cosas, y que necesitarán que otros les ayuden de continuo o, peor aún, tengan que tutelarles de continuo. El riesgo será por tanto crear una sociedad de ciudadanos asistidos y tutelados continuamente por expertos que tratan, sin su entendimiento, de aspectos esenciales para su presente y su futuro.

En nuestra opinión es urgente adaptar los fundamentos de las estructuras básicas jurídicas que permitan la relación entre los ciudadanos con estos nuevos activos digitales, que doten de seguridad a los hombres y mujeres en su día a día.

Y en una sociedad que cambia tan rápido, sólo se podrá dotar al ciudadano de esa seguridad generando principios básicos robustos y resistentes.

Porque, como bien es sabido por la historia de la humanidad, sin seguridad no es posible la libertad. Quizá sea hora de que el Derecho, más allá de adaptarse, entre a revisar y proponer sobre lo básico, lo elemental y lo profundo.

Esta es la importancia de cambiar la sustancia de las cosas: que a veces puede sorprender la relevancia de lo obvio.

NOTAS ↓

- [1] En los casi veinte años que llevamos impartiendo clase en el ámbito de la inteligencia de negocio, el Big Data y la inteligencia artificial en escuelas de negocio españolas de reputación nacional o internacional, la mayoría de los alumnos, con alta formación tecnológica y empresarial muestran desconocimiento prácticamente total sobre estas materias, o como mucho conocimientos básicos sobre la normativa de protección de datos.
- [2] Utilizando el refranero castellano, «no se pueden poner puertas al campo».
- [3] A lo largo de nuestra carrera profesional nos hemos encontrado en no pocas ocasiones con modelos de negocio basados en estrategias de uso de la información -explotación de datos personales, titularidad de los mismos, desarrollos informáticos- que por su planteamiento y desconocimiento de las estructuras jurídicas aplicables, eran de difícil encaje legal, cuando no totalmente contrarios a los principios legales que aplican a este tipo de activos.
- [4] El principio de territorialidad, básico en el derecho constitucional y el derecho internacional público, determina que las normas aplican en el ámbito del territorio de los estados que aprueban y sancionan las citadas leyes, no pudiendo ser aplicados de forma extraterritorial a otros países por falta de jurisdicción en otros países.
- [5] Entiéndase en este caso el uso de radical desde su concepción etimológica, de radix, es decir, de raíz.
- [6] Es cierto que en lo últimos años se ha venido apreciando un cambio significativo tanto en los términos utilizados en las cláusulas o condiciones de uso de las aplicaciones, así como en su estructura. De hecho, en algunos casos se ha modificado la experiencia de usuario y la navegación de las páginas para tratar de introducir estas cuestiones legales y hacerlas más amigables para el usuario. La duda es si las mismas han tenido éxito o los usuarios las perciben como una molestia a la hora de utilizar las páginas y las aplicaciones.
- [7] REGLAMENTO (UE) 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 (Reglamento general de protección de datos).
- [8] Ley de protección de datos del Estado de Hesse de 30 de septiembre de 1970 https://gdprhub.eu/Data_Protection_in_Germany#History
- [9] Constitución Española de 6 de diciembre de 1978. Artículo 18.4. «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».
- [10] Por otros, <https://www.pwc.es/es/digital/assets/Journey-to-digital-trust-Spain.pdf>
- [11] La propia existencia del derecho de propiedad sobre los datos, tanto personales como no personales es puesta en duda por parte de algunos autores. Entre otros, BARDAJÍ, L. Tantos datos tienes, vales tanto. 12 de enero de 2021. <https://dobetter.esade.edu/es/datos-propiedad> y PLANA ARNALDOS, MC, Economía de

- los datos y propiedad sobre los datos. 7 de septiembre de 2021. Revista de Educación y Derecho. En este último caso, en el excelente artículo de la profesora PLANA, se concluye que los datos no personales deben protegerse por medio de nuevas fórmulas relacionadas con la propiedad de las bases de datos. Permítasenos apuntar que consideramos que la duda más relevante en relación con la propiedad de los datos no personales no se encuentra, a nuestro juicio, en qué régimen de protección deben tener estos datos tanto como en la atribución de la propiedad a un titular determinado, cuando en muchas ocasiones existe una pluralidad de agentes en el momento en que esos datos son recabados. En muchas ocasiones, el dato es registrado por un dispositivo titularidad de una persona (eg. un sensor) pero sobre un bien que puede serlo de otro titular (eg. un olivo), y no haber existido pacto al respecto. En nuestra opinión, consideramos preciso ir un paso antes de la protección a la identificación del titular, con independencia de que posteriormente se estructure dentro del régimen de propiedad intelectual existente para las bases de datos, cuestión también digna de reflexión. En cualquier caso, esta disquisición sería objeto de otro artículo semejante al actual.
- [12] Durante los últimos quince años hemos impartido clase en materias relacionadas con estrategia del dato, propiedad del dato, titularidad de activos intangibles, transformación empresarial y propiedad intelectual.
- [13] Esta disquisición entre el contenido y el continente vino ya hace tiempo recogida en la doctrina de las normas sobre propiedad intelectual, en la relación entre el *corpus mysticum* y el *corpus mechanicum*, esencial a la hora de determinar la relación entre el soporte y dispositivo y la obra incluida o inherente al mismo. De hecho, varias cuestiones ya solucionadas en el ámbito de la propiedad intelectual en relación con las consecuencias de la intangibilidad de los activos podrían ser analizadas como referencia para los retos analizados en este artículo.
- [14] Por ejemplo, la palabra «presidente» tiene su etimología en «*prae*» y «*sedes*», que puede traducirse como «*el primero que se sienta*», o el asiento primero o principal.
- [15] Desde el derecho romano en el que tanto Cicerón como Ulpiano, con su famosa máxima «*satius esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari*» (Es preferible dejar impune el delito de un culpable que condenar a un inocente) trataban esta cuestión, hasta nuestro artículo 24.2. de la Constitución Española de 6 de diciembre 1978, este principio ha venido desarrollándose por grandes juristas (Marques de Beccaria) y recogiendo en diversos textos legales. Así podremos encontrarla en infinidad de textos y constituciones desde La Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (artículo 9) de 1789 a la Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948 (artículo 11).
- [16] Así, la Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado, en su capítulo IV (del Veredicto) establece que el veredicto determinará la culpabilidad o inculpabilidad del acusado. De igual forma, en el sistema anglosajón, es común que se utilice la fórmula culpable o no culpable. Lo que en ningún caso determina un tribunal es la inocencia, ya que la misma se presume.
- [17] Muy recomendable leer la novela de Benito Pérez Galdos *El abuelo*, o bien visionar la película de Jose Luis Garci con un soberbio Fernando Fernan Gómez. La misma se basa en el refranero español, que ponen en boca de una abuela la siguiente frase: «los hijos de mis hijas nietos míos son, los de mis hijos, lo son o no lo son».
- [18] Según los evangelios, Jesucristo fue engendrado por el Espíritu Santo. De ahí que María fuera virgen a pesar de dar a luz un hijo. Por esta razón, San José, el padre de Jesucristo, ha sido considerado por el cristianismo como Padre Putativo de Jesús -«*puto*» en latín significa «*poner*» o «*atribuir*»-. De ahí que Pepe para los José sea el acrónimo de esta asunción (Padre Putativo).
- [19] Artículo 448 del Código Civil: «*El poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título, y no se le puede obligar a exhibirlo*». Es relevante indicar que no es objeto del presente artículo realizar una investigación sobre la institución de la posesión que recoge el Título V del Libro II del Código Civil español (artículos 430 y ss), ni entrar sobre las distintas interpretaciones doctrinales sobre la posesión de bienes inmateriales o la potencial colisión entre el citado artículo 448 y el 1.254 respecto a la necesidad de prueba del justo título. La utilización de la posesión en este artículo busca la contraposición o el contraste de los efectos jurídicos determinados por las leyes al efecto y la percepción social de ruptura *prima facie* de dicha presunción, como trata de demostrarse más adelante en el presente artículo.
- [20] Pueden darse otros usos, pero no son recomendables <https://www.youtube.com/watch?v=WhGUZ5vk0As>
- [21] De hecho, este caso, basado en una controversia real en la que participamos defendiendo los intereses de nuestro cliente, es uno de los más complejos desde la perspectiva jurídica que nos hemos encontrado en nuestra carrera profesional. Además, la ausencia de una norma ad hoc en relación con los datos no personales en estas circunstancias hacían muy complejo llegar a una conclusión indubitada y sin flancos débiles.
- [22] Como ha podido apreciarse en el caso de la empresa que desarrolló big data con los datos de las explotaciones de olivos.