

La Carta de Derechos Digitales, una oportunidad de gobernanza para España

The digital Bill of Rights, a technological Governance Opportunity for Spain

Laura Caballero Trenado

Profesora Doctora, Universidad Internacional de la Rioja
laucab01@ucm.es

RESUMEN

El *tsunami* tecnológico que se avecina supone un desafío legal sin precedentes. La reciente aprobación de la Carta de Derechos Digitales -una guía que incluye un haz de acciones consensuadas en materia de derechos digitales- supone una toma de posición por parte de España que tiene como vocación erigirse en un referente europeo. Este análisis, en clave jurídica, desbroza el documento, al objeto de determinar el alcance de la fuerza cohesiva que proyecta esta iniciativa.

PALABRAS CLAVE: derechos digitales, tecnología, digitalización, sociedad digital, legislación.

ABSTRACT

The looming tech tsunami presents an unprecedented legal challenge. The recent approval of the Digital Bill of Rights -a guide that includes a series of consensual actions on digital rights- supposes a position taken by Spain, whose vocation is to establish itself as a European benchmark. This analysis, in a legal key, clears the document, in order to determine the scope of the cohesive force that this initiative projects.

KEYWORDS: digital rights, technology, digitalization, digital society, legislation.

INTRODUCCIÓN

Con el viento de cola de la digitalización acelerada por la pandemia, el Ejecutivo español ha presentado la Carta de Derechos Digitales, un documento que tiene como eje tractor la perspectiva digital de nuestra convivencia. Esta iniciativa anticipa derechos emergentes ante la Inteligencia Artificial, por ejemplo, lo que puede contribuir a convertir a España en *adalid* europeo del desarrollo de una sociedad digital libre, abierta e inclusiva.

La aprobación de la Carta de Derechos Digitales responde a una iniciativa encuadrada en el Plan España Digital 2025, a cargo del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. Se trata de un documento que ha sido elaborado por un grupo de expertos constituido por la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial (SEDIA).

En el marco de la UE, destaca el Programa Europa Digital 2021-2027 desarrollado por la Comisión Europea, a iniciativa del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, un Plan que, en esencia, es un instrumento financiero que tiene cinco ejes de acción: i) la creación de un ecosistema de informática de alto rendimiento; ii) la Inteligencia Artificial (IA); iii) la ciberseguridad; iv) la formación en competencias digitales avanzadas, y v) el despliegue de soluciones interoperables.

Así pues, estamos ante una nueva etapa del inexorable proceso de digitalización, que se verá espoleado por el progresivo despliegue de la tecnología 5G, el verdadero motor que propulsará esta transformación.

La implantación del 5G implica un desafío para el actual ecosistema digital, conformado por una amalgama de actores distintos, con intereses a veces contrapuestos, a los que se les debe proporcionar un entorno que propicie la seguridad jurídica.

En el epicentro de este ecosistema digital se sitúa la sociedad digital, a la que es preciso dotar asimismo de un conjunto de instrumentos que vertebran la ordenación de una convivencia pacífica en el nuevo entorno.

En esencia, ésta es, precisamente, la vocación de la Carta de Derechos Digitales, un instrumento de *soft law*, cuya efectividad jurídica por lo tanto tiene un alcance limitado pero que pretende ser un referente descriptivo, prospectivo y prescriptivo.

1.- BREVE EXÉGESIS DEL DOCUMENTO

1.1. Sustrato normativo

El documento está concebido en torno al presupuesto básico formulado en nuestra Constitución tanto para el Estado como para el conjunto de derechos fundamentales.

En este sentido, según la Carta Magna, España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho. Como puede apreciarse, el orden de los adjetivos calificativos no es baladí, pues “Social” antecede a “Democrático”, una clara toma de posición de prioridades del constituyente de la concepción de Estado planteada.

Entre los elementos basilares de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho destacan el orden político y la paz social, que a su vez actúan como límites en los derechos de la personalidad. Es decir, los primeros tienen una configuración negativa, mientras que los segundos, positiva.

El núcleo del contenido de ambos es de naturaleza estática, aunque no ilimitada, mientras que el contexto en que se desenvuelven es cambiante; en la dinámica convergente en que se interrelacionan muchas cuestiones que afectan a su contenido son lábiles, fluidas, cambiantes, en suma, contingentes.

Precisamente, este carácter contingente es lo que motiva que se haya abierto un proceso consultivo abierto a la ciudadanía para perfilar la propuesta. Esta cuestión, unida al dinamismo que caracteriza el desarrollo tecnológico, propician que el documento tenga una vocación abierta y flexible.

Cabe añadir, por último, que, si bien la Carta se entronca en el planteamiento constitucional, únicamente tiene un valor instrumental respecto de aquélla, por cuanto no produce *ex novo* derechos fundamentales, sino que señala derechos inherentes al ámbito digital, cuyo entorno es cambiante, lo que dificulta a su vez su delimitación y alcance.

1.2. Contenido

La propuesta se articula en torno a veintiocho derechos que se agrupan en seis categorías.

I. Derechos de libertad. En concreto, el derecho a la protección de datos, a la identidad, al pseudonimato, a no ser localizado y perfilado, a la seguridad digital y a la herencia digital.

II. Derechos de igualdad. Se estipulan en este apartado el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el entorno digital, con énfasis en tres colectivos vulnerables: menores, personas con discapacidad y personas mayores.

III. Derechos de participación y de conformación del espacio público. Forman parte de este Capítulo el Derecho a la neutralidad de Internet, la libertad de expresión e información, a la participación ciudadana por medios digitales y el derecho a la educación digital. Cierran este apartado un conjunto heterogéneo de derechos, llamados derechos digitales de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones públicas.

IV. Derechos del entorno laboral y empresarial. En este grupo se engloban derechos correspondientes a estos ámbitos.

V. Derechos digitales en entornos específicos. Se incluyen un grupo heterogéneo de derechos. En concreto, el de acceso a datos con fines de investigación científica, innovación y desarrollo, a un desarrollo tecnológico y a un entorno digital sostenible, a la protección de la salud en el entorno digital, a la libertad de creación y de acceso a la cultura, ante la Inteligencia artificial, y en el empleo de las neurotecnologías.

VI. Garantías y eficacia. Los artículos vigésimo séptimo y vigésimo octavo, rubricados *Garantía de los derechos en los entornos digitales* y *Eficacia*, respectivamente, son preceptos de cierre que incluyen un elenco de medidas de naturaleza jurídico-sustantiva y, sobre todo, jurídico-procesal encaminadas a orientar sobre las distintas vías que se abren ante la eventual vulneración de alguno de los derechos contenidos en la Carta.

1.3. Legislación sectorial

El *corpus* del documento tiene su base en los notables avances ya realizados en España para el reconocimiento de los derechos digitales, entre los que cabe destacar el Título X de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y el recientemente aprobado Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.

Al respecto, es importante destacar que esta Carta está sujeta y se entiende sin perjuicio del ordenamiento jurídico vigente, en particular en materia de derechos, cuyas disposiciones serán de aplicación, incluyendo en particular lo establecido por las leyes anteriormente citadas y las siguientes: i) Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; ii) Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, y iii) Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

2.- ANÁLISIS LEGAL

Sin ánimo de exhaustividad y sin alterar la sistematicidad de la propuesta, se analizan a continuación en clave jurídica los aspectos más relevantes del documento.

La Carta asimila al entorno digital los derechos garantizados en la CE, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en los acuerdos y tratados internacionales ratificados por España.

Son, precisamente, las especificidades propias del espacio digital las que ahorman el embalaje de cada uno de los derechos reconocidos en este apartado -rubricado “Derechos y libertades en el entorno digital”-, pues la casuística a menudo desborda su ámbito normativo.

En este sentido, encuentro que la Carta es un instrumento muy adecuado, pues no tiene una vocación de exhaustividad, al estilo de los Reglamentos de la UE. De hecho, un texto extenso probablemente coagularía su propósito antes incluso de su nacimiento.

Concebida al estilo de las constituciones anglosajonas, la Carta de Derechos Digitales es un texto breve que se articula en torno a veintiocho preceptos; se trata de un *corpus* normativo flexible y, por lo tanto, abierto y poroso al entorno cambiante tan propio del entorno digital.

La concreta delimitación y alcance de los derechos recogidos en la Carta es una tarea que se residencia en los jueces y tribunales.

De hecho, esta labor hermenéutica es esencial en las dinámicas inherentes al entorno digital, ya que la jurisprudencia no sólo actúa de complemento del ordenamiento jurídico, sino que en este caso a menudo esculpe características y rasgos propios que cristalizan en derechos creados *ex novo*.

Es el caso, por ejemplo, del derecho al olvido digital -también conocido como autodeterminación informativa o derecho a la supresión-. Inicialmente anclado a la intimidad y, posteriormente al *habeas data*, el llamado derecho al olvido digital es un derecho de construcción eminentemente jurisprudencial, si bien es ya un derecho autónomo, escindido por lo tanto del anclaje de la intimidad, tal y como así lo ha avalado constantemente el TJUE a través de sus pronunciamientos, y que se ha robustecido especialmente tras la entronización a la categoría de derecho fundamental efectuada por el Tribunal Constitucional a través de la STC 58/2018, de 4 de junio de 2018.

Una buena prueba de la robustez que ha adquirido el derecho al olvido digital es el efecto que ha irradiado a su vez en el haz de derechos que se aglutinan en torno a la protección de datos y al *corolario* de derechos y bienes jurídicos protegibles, que gozan de la protección reforzada que les ha conferido el legislador europeo al optar por un estándar de protección muy elevado.

Como estado miembro de la Unión Europea, España se encuentra inmersa en un sistema multinivel, de ahí que la normativa comunitaria (principalmente, el Convenio Europeo de Derechos Humanos o el reciente RGPD) actúe de contorno que delimita la acción de los órganos jurisdiccionales nacionales.

No obstante, los derechos fundamentales tienen una eficacia horizontal, de ahí la importancia de la precitada resolución del Tribunal Constitucional. A ello se añade que el

TC es un órgano jurisdiccional que no forma parte de la planta judicial ordinaria, por lo que el alcance de la normativa europea es más limitado.

En cualquier caso y, dejando a un lado el debate jurídico sobre el alcance de las decisiones de los máximos órganos jurisdiccionales nacionales, es relevante recalcar que con esta resolución España ha sido cabeza tractora al dar cumplimiento efectivo en una cuestión tan relevante.

Igualmente, importante es el segundo bloque de derechos que la Carta reconoce y que se articulan en torno a la igualdad.

En efecto, el principio de igualdad -recogido en la Constitución Española en los Títulos Preliminar y Primero- es un valor superior del ordenamiento jurídico que se proyecta a lo largo de todo el texto constitucional y el pórtico que preside los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Y esta concepción que el constituyente español imprimó en la Carta Magna tiene un reflejo fiel en la Carta de Derechos Digitales.

En sintonía con los textos europeos e internacionales que norman los derechos y, correlativamente, las obligaciones en el entorno digital, tres son los colectivos vulnerables que se consideran merecedores de especial protección y a los que va destinado el haz de derechos recogidos en el segundo apartado: menores, discapacitados y personas mayores.

Bajo la rúbrica “Derechos de participación y de conformación del espacio público”, el siguiente apartado de la Carta está conformado por una amalgama heterogénea de derechos.

El primero de los derechos de este bloque es la neutralidad de Internet, un principio que deberá ser promovido por los poderes públicos y los proveedores de servicios de Internet en condiciones justas y no discriminatorias, un desafío titánico -empero- dada la naturaleza técnica de la Red.

El principio de neutralidad está íntimamente conectado con los principios de privacidad desde el diseño y por defecto, ya que lo que se requiere es una mayor responsabilidad en la planificación y el diseño tecnológico para garantizar el derecho a la vida privada. Por lo tanto, el principio de neutralidad supone incluir dentro de las previsiones técnicas una más: la consideración de que esa tecnología debe ser respetuosa con los derechos fundamentales.

Este apartado también recoge la libertad de expresión y el corolario de libertades informativas -un presupuesto básico de la comunicación y un pilar esencial que vertebra el Estado social y democrático de Derecho-.

Sentado que el ejercicio de las libertades informativas constituye un derecho fundamental, el mismo no es ilimitado. A contrario sensu, su ejercicio contiene prerrogativas y está sujeto a límites. Por ejemplo, las intromisiones ilegítimas que vulneran los derechos contenidos en el artículo 18.1 CE -derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen-. De igual modo, la libertad de circulación de contenidos puede chocar con derechos ajenos, como es el caso de aquéllos que corresponden a sus legítimos autores -como puede ser la reproducción o la comunicación pública-. En un intento de adaptar a la realidad de mercado, tecnológica y de nuevas formas de consumo la normativa, el legislador europeo dio un paso al frente al promulgar las directivas de Servicios de Comunicación Audiovisual y la de Copyright, Por su parte, el legislador español modificó la Ley de Propiedad Intelectual. En todos los textos, la responsabilidad de los proveedores de servicios se adelanta.

En un contexto en que los distintos actores -operadores tradicionales, plataformas de distribución de contenidos y usuarios creadores de contenidos- parten desde una posición asimétrica y están sujetos a niveles de protección y responsabilidad desiguales, es necesario conocer el nuevo marco legal. Las nuevas reglas de juego tienen en la práctica obligatoria del “monitoreo” la piedra angular y, aunque *a priori* parece que ésta se circunscribe a los derechos de autor, su adopción, asentada al albur de la combinación de algoritmos, podría cercenar la libertad de expresión. No cabe duda, pues, que estamos ante un momento de cambios legales que van a redefinir y delimitar los contornos de la comunicación digital de los próximos años.

Cierran este bloque el derecho a la participación ciudadana por medios digitales, a la educación digital y de acceso a los servicios de las administraciones públicas, todos ellos presididos por los principios de igualdad, neutralidad, transparencia y universalidad.

En el siguiente bloque se incluyen derechos inherentes al ámbito laboral y empresarial.

Con respecto al primero, la Carta garantiza el derecho del trabajador a la desconexión digital y a la intimidad.

La digitalización del entorno laboral debe ir acompañada de una serie de derechos que garanticen la vida privada e íntima del trabajador. Así, por ejemplo, la Carta reconoce el derecho a la intimidad del trabajador ante el empleo de sistemas de geolocalización o las técnicas de monitoreo de su actividad.

Por su parte, también las empresas tienen reconocidos una serie de derechos digitales. Especial relevancia adquiere el reconocimiento expreso al derecho al empleo del *Sandbox*, una tecnología que permite mejorar su seguridad ante eventuales ataques informáticos.

La categoría de “Derechos digitales en entornos específicos” incluye, como se ha anticipado, un conjunto de derechos diversos. De todos ellos, sobresalen dos -los derechos ante la IA y aquéllos relacionados con el empleo de las neurotecnologías-. Y ambos, aunque son distintos, guardan una estrecha relación con la gobernanza algorítmica derivada del empleo de tecnología predictiva para identificar patrones entre datos.

Así, por ejemplo, la detección, recolección, sectorialización y tratamiento cualitativo de datos, cuyo sustrato está conformado por algoritmos, cristalizan en un nuevo juego de reglas de naturaleza disruptiva que predicen el agotamiento de los principios regulatorios actuales y avanzan una nueva forma de gobernanza: la gobernanza algorítmica global.

CONCLUSIONES

La promulgación de la Carta de Derechos Digitales que, como se ha mencionado, no es un instrumento normativo, sino una carta de navegación o, si se prefiere, una hoja de ruta, representa un *momentum* único para la gobernanza tecnológica por parte de España que no conviene desaprovechar.

El deslumbramiento por la tecnología por parte de los gobiernos sucesivos ha sido cíclico. Y, normalmente, se ha sobreestimado el futuro más inmediato y se ha subestimado el más remoto. Ejemplos de los últimos quinquenios han sido las iniciativas tomadas en materia de digitalización de la señal hertziana televisiva, que han alumbrado estándares tecnológicos que pronto han sido superados por otras tecnologías.

Conviene, por lo tanto, tomar nota de los errores pasados, pero mirar con paso firme hacia adelante. Y éste es, precisamente, el mensaje potente que proyecta la aprobación de esta Carta pues, aunque perfeccionable, constituye un acierto.

La determinación y el alcance de la fuerza cohesiva de esta iniciativa radica, de un lado, en su ejecutividad, es decir, en su ulterior desarrollo normativo y, de otro, en su capacidad de calado en otros países europeos.

En la carrera tecnológica, está en juego la imposición de estándares tecnológicos, pero también legales y éticos. La Carta de Derechos Digitales representa una apuesta por parte de España por un estándar tuitivo para el conjunto de ciudadanos. Y, su aprobación, un avance en garantías jurídicas.