

Conferencia dictada el 16 de diciembre de 2021

## La Carta de derechos digitales de España

Moisés Barrio Andrés, Letrado del Consejo de Estado, disertó en la Academia sobre la nueva generación de derechos que corresponden a los ciudadanos para su protección frente a los retos de la sociedad digital, tanto fundamentales basados en la Constitución como ordinarios basados en otras leyes.



El supraconcepto de “derechos digitales” engloba los derechos de los ciudadanos en el entorno digital, ya sean derechos fundamentales o derechos ordinarios de rango legal. Esta categoría es especialmente relevante porque la transformación digital debe tener como principio estructural maximizar la calidad de la democracia y los derechos de las personas. El Derecho tiene que garantizar que todos los derechos pueden ejercerse y están asegurados en el entorno digital con la misma eficacia que fuera de él, lo que plantea el problema de cómo protegerlos adecuadamente dadas las especiales características del mundo digital.

Su objetivo es corregir las externalidades negativas y los déficits de justicia e igualdad propiciados por la falta de regulación jurídica adecuada que acompañe la revolución digital. Un déficit de regulación que, por ejemplo, ha hecho posible la proliferación de colosales monopolios transnacionales que menoscaban la competencia en el mercado digital, la extensión acelerada de las brechas y desigualdades, la materialización de una estructura de vigilancia en tiempo real sobre nuestros comportamientos en el ciberespacio y, sobre

todo, la paulatina suplantación de lo que somos por lo que proyectamos mediante nuestra huella digital y las correlaciones que extrae la inteligencia artificial.

El punto de partida de esta categoría de derechos se sitúa, como es natural, en el artículo 18 de la Constitución Española de 1978.

La Constitución Española de 1978, sobre el antecedente del artículo 35 de la Constitución Portuguesa de 1976, fue pionera en la constitucionalización de garantías frente a entonces revolución emergente de la informática, al prever en su artículo 18.4 que “[l]a 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”. A mi juicio, el precepto refleja la influencia del libro de Orwell 1984, evidenciando nuestro constituyente el temor de que el uso generalizado de la informática pudiera desembocar en un descontrol de tales conocimientos científicos y técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de ordenadores.

A partir de entonces, los juristas concibieron unos mecanismos de protección legal frente a los posibles abusos de las computadoras, y ello se ha articulado de forma preponderante con el derecho fundamental a la protección de datos personales. Este derecho garantiza a cada persona el control sobre sus datos, y sobre su uso y destino, para evitar su tratamiento ilícito o lesivo. Se configura como una facultad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean usados para



El supraconcepto de “derechos digitales” engloba los derechos de los ciudadanos en el entorno digital, ya sean derechos fundamentales o derechos ordinarios de rango legal



finés distintos a aquel que justificó su obtención. Pretende lograr la adecuación y exactitud de las bases de datos, y la cancelación de los datos cuando dejen de ser necesarios, así como el conocimiento y la posibilidad de acceso y rectificación por parte de los afectados (art. 8.2 CDFUE y SSTC 290/2000 y 292/2000).

Pero el derecho fundamental a la protección de datos no agota la necesidad de establecer un nuevo marco de protección de los ciudadanos en el siglo XXI. Por eso, algunos autores hemos defendido que esta cobertura es insuficiente para tutelar los riesgos y amenazas de la sociedad digital. Así ocurre, entre otras, en estas materias: libertad de expresión, comercio electrónico, responsabilidad de las plataformas, sistema educativo, relaciones laborales, Administración electrónica, justicia predictiva, robótica, inteligencia artificial, Internet de las Cosas, *blockchain* o neurociencias.

En efecto, resulta urgente reconocer nuevos derechos digitales tanto en el ámbito constitucional como legal. La tecnología es una realidad que nos envuelve y que condiciona nuestros comportamientos más cotidianos. Internet es un entorno omnipresente y omnilocuente. La era digital exige una nueva generación de derechos. La sociedad reclama constituciones digitales, o cartas de derechos digitales que incluso son propuestas desde organizaciones internacionales o la propia sociedad civil. Así lo hizo Telefónica en 2018 con su *Manifiesto por un nuevo pacto digital*.

Ahora bien, este reto no es algo inédito. Todas las metamorfosis de los derechos lo han sido siempre para dar solución al desafío de responder a lo que las sociedades consideran indispensable para ordenar la convivencia colectiva. Como su historia nos enseña, los derechos nunca han sido adquiridos de una vez por todas. Pensemos en la lucha por el voto femenino, o en la libertad de



### **El punto de partida de esta categoría de derechos se sitúa, como es natural, en el artículo 18 de la Constitución**

comercio e industria. De ahí la moda de las “generaciones de derechos” o, más recientemente, de otras sugestivas construcciones académicas como la propuesta por el profesor SOMEK.

Internet y ahora las tecnologías disruptivas como la robótica y la inteligencia artificial, el Internet de las Cosas (IoT), el *big data* o las tecnologías desintermediadoras (así, *blockchain* o las tecnologías de registro distribuido o DLT) -del mismo modo que también el desarrollo de la biociencia, la genética o las neurociencias-, entre otras, son asimismo asuntos de carácter político en los que las repercusiones jurídicas son de gran relevancia. De hecho, su impacto en la sociedad, en la economía y en el derecho es de tal calado que su

adecuada regulación se ha convertido en una de las prioridades de las agendas públicas de los Estados, de las instituciones europeas e internacionales.

Por eso, los cambios que comporta la transformación digital repercuten de modo significativo en la esfera de los derechos y libertades de las personas. Tras el desarrollo y consolidación de cuatro generaciones de derechos, hoy asistimos a la necesidad de reivindicar una subsiguiente “quinta generación” (5G) para dar respuesta a las situaciones en las que los usuarios del mundo digital nos vemos involucrados. No obstante, como he estudiado en otro lugar<sup>1</sup>, en la mayor parte de los casos es suficiente con adaptar los derechos ya vigentes reconocidos en los textos constitucionales y legales.

A la postre, considero que es imprescindible revisar los marcos jurídicos que desarrollan y protegen los derechos de los ciudadanos y disciplinan el diseño de políticas públicas, poner fin a lagunas y fijar condiciones básicas que permitan una transformación digital ordenada y eficiente, potenciando a la vez la innovación tecnológica y el libre ejercicio de los derechos de las personas. ➔

<sup>1</sup> BARRIO ANDRÉS, Moisés: *Formación y evolución de los derechos digitales*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Chile, 2021, pág. 32.



Jurídicamente, todo ello aparece englobado bajo la denominación de «derechos digitales», que comprende no sólo la actualización de derechos tradicionales para identificar nuevas facultades (por ejemplo, el llamado derecho al olvido dentro del derecho fundamental a la protección de datos como lo ha admitido la STC 58/2018, de 4 de junio), sino también reconocer nuevos derechos fundamentales *stricto sensu* en los textos constitucionales, como serían esencialmente el caso del acceso universal a Internet y la ciberseguridad, así como un derecho fundamental a la verdad para luchar contra las noticias falsas (*fake news*) o un derecho a la conciliación familiar y laboral.

Ahora bien, a la hora de encajar los derechos digitales en el marco constitucional vigente las opiniones son diversas y se plantea incluso la necesidad de que éste sea actualizado con una reforma expresa de la Constitución Española de 1978.

Por el momento, el Título X de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (la LOPDGD) regula los derechos y libertades predicables al entorno de Internet como la neutralidad de la Red y el acceso universal o los derechos a la seguridad y educación digital, así como los derechos al olvido en búsquedas de Internet o redes sociales, a la portabilidad en redes sociales y equivalentes y al testamento digital. Ocupa un lugar relevante el reconocimiento del derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral y la protección de los menores en Internet. Finalmente, resulta destacable la garantía de la libertad de expresión y el derecho a la aclaración de informaciones en medios de comunicación digitales.

El paso siguiente se ha producido con la Carta de derechos digitales de España de 2021.

La Carta, adoptada el pasado 14 de julio de 2021 por el Gobierno, se estructura en cinco grandes apartados: “derechos de libertad”, “derechos de igualdad”, “derechos de participación y de



conformación del espacio público”, “derechos del entorno laboral y empresarial” y, finalmente, “derechos digitales en entornos específicos”. Y cada uno de estos ámbitos contiene una relación de derechos que suman un total de veinticinco.

Ahora bien, su objetivo no es el de elaborar un proyecto de norma jurídica (algo que ha ocasionado una comprensible decepción) sino el de redactar un documento que pueda servir de referencia para una futura ley orgánica que actualice y aumente los derechos digitales, si bien en principio sería muy conveniente una reforma expresa de la Constitución Española de 1978, aunque -como es obvio- los derechos fundamentales también se aplican en el entorno digital (art. 9.1 CE).

## El derecho a la protección de datos es insuficiente para dar respuesta a todos los retos y desafíos de la sociedad digital

Y la Carta puede cumplir finalidades adicionales a la de convertirse en un documento prelegislativo. Por ejemplo, puede servir para el fomento activo por los poderes públicos de códigos de conducta inspirados en los principios del texto. O de impulso de políticas públicas digitales. Del mismo modo, es un útil instrumento interpretativo de algunos conceptos difusos en la legislación vigente. O, en fin, constituye el inicio de un debate sobre nuevos derechos digitales no positivizados hasta la fecha y la forma en que deberían modularse, como es el caso del empleo de las neurotecnologías.

Aplicando estas consideraciones, la futura Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia reconoce un catálogo de derechos y deberes en el ámbito de la Administración de Justicia. Este catálogo, como subraya su exposición de motivos, “ha tenido como guía el conjunto de principios y derechos recogidos en la recientemente adoptada Carta de derechos digitales”.

A partir de ahora, corresponde a los titulares de la iniciativa legislativa (fundamentalmente al Parlamento y al Gobierno, según el artículo 81.1 CE) promulgar nueva legislación para mejorar la protección de los derechos digitales en nuestro país. ●