

DERECHO Y TIC'S

En 2021 se adoptó en España la Carta de derechos digitales. Aunque sin carácter normativo es un documento de clara relevancia nacional e internacional. Se trata de una amplia codificación o sistematización que adapta los derechos fundamentales a los nuevos entornos digitales y los acompaña también de nuevos derechos instrumentales o auxiliares.

La presente obra constituye el mejor y más completo comentario y análisis sistemático de la Carta por parte de destacados especialistas en Derecho digital, incluyendo a varios de los ponentes de la misma. Los trabajos de esta monografía superan en ocasiones incluso a la propia Carta al incluir una visión crítica y propositiva. Así, esta obra es la pieza de acompañamiento imprescindible de la Carta, un elemento básico para la necesaria proyección que debe tener la Carta en el futuro en manos del legislador y la jurisprudencia.



tirant
lo blanch



978-84-1147-204-3



9 788411 472043



tirant
lo blanch

DERECHO Y TIC'S

La Carta de Derechos Digitales

Lorenzo Cotino Hueso (Coordinador)



DERECHO Y TIC'S

La Carta de Derechos Digitales

Lorenzo Cotino Hueso
(Coordinador)



LA CARTA DE DERECHOS DIGITALES

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho.
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro en retiro de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación y
miembro de El Colegio Nacional*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Juez de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos
Investigador del Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho
de la Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho
de la Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho y
Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Catedrática de Derecho Constitucional
e Internacional en la Universidad
de Colonia (Alemania)
Miembro de la Comisión de Venecia*

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y
Presidente del Instituto Ibero-Americano
de La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

CONSUELO RAMÓN CHORNET

*Catedrática de Derecho Internacional
Público y Relaciones Internacionales
de la Universidad de Valencia*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Valencia*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

LA CARTA DE DERECHOS DIGITALES

LORENZO COTINO HUESO

(Coordinador)

tirant lo blanch

Valencia, 2022

Copyright © 2022

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Director de la Colección:

LORENZO COTINO HUESO

*Profesor Titular de Derecho constitucional de la Universidad de Valencia,
Coordinador de Derecho TICs, Red de Especialistas de Derecho de las
Tecnologías de la Información y Comunicación, www.derechotics.com*

© Lorenzo Cotino Hueso (Coordinador)

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL:
ISBN: 978-84-1147-204-3

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSC/Tirant.pdf>

TABLA DE AUTORÍAS (por orden de aparición)

Susana de la Sierra

Ponente de la Carta, Profesora Titular Derecho Administrativo Universidad de Castilla la Mancha

Borja Adsuara

Ponente de la Carta, Doctor y profesor Derecho

Antonio Troncoso

Catedrático Derecho Constitucional Universidad de Cádiz

Ana Aba Catoira

Profesora Titular Derecho Constitucional Universidade de A Coruña

Francisca Ramón Izquierdo

Profesora Titular Derecho Civil Universidad Politécnica Valencia

Lorenzo Cotino Hueso

Catedrático Derecho Constitucional Universidad de Valencia

Jorge Castellanos

Profesor ayudante doctor Derecho Constitucional Universidad de Valencia

Adrián Todolí

Profesor Titular Derecho Trabajo y Seguridad social, Universidad de Valencia

Íñigo de Miguel Beriain

Pilar Nicolás Jiménez

Universidad del País Vasco

Luis Miguel González de la Garza

Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional UNED

Moisés Barrio

Ponente Carta, Letrado del Consejo de Estado, doctor y Profesor de Universidad

Índice

PRESENTACIÓN	19
---------------------------	-----------

LORENZO COTINO HUESO
Coordinador de la obra

UNA INTRODUCCIÓN A LA CARTA DE DERECHOS DIGITALES

SUSANA DE LA SIERRA

Profesora Titular de Derecho Administrativo

I. HACIA UNA CARTA DE DERECHOS DIGITALES.....	27
II. EL PROCESO DE ELABORACIÓN DE LA CARTA.....	30
III. ANTECEDENTES NACIONALES E INTERNACIONALES	35
IV. CARACTERÍSTICAS GENERALES Y ESTRUCTURA DE LA CARTA. EN PARTICULAR, UNA REFERENCIA A LOS DERE- CHOS DE LIBERTAD	39
V. LA NATURALEZA DE LA CARTA Y ALGUNAS CONSIDERA- CIONES SOBRE LA ÉTICA	49
VI. CONCLUSIONES	51

EL DERECHO AL PSEUDONIMATO. ENTRE LA IDENTIFICACIÓN Y EL ANONIMATO (IV)

BORJA ADSUARA VARELA

Ponente de la Carta. Doctor y Profesor de Derecho Digital (U. Villanueva)

I. EL DERECHO AL PSEUDONIMATO EN LA ELABORACIÓN DE LA CARTA	53
II. EL DERECHO AL PSEUDONIMATO EN EL CONTEXTO NORMATIVO PREVIO A LA CARTA.....	54
1. Cartas de Derechos Fundamentales.....	54
2. Legislación existente conexas.....	55
2.1. Legislación de Propiedad Intelectual.....	56
3. Legislación de Protección de Datos	57
3.1. LORTAD (1992).....	57
4. Legislación de Firma electrónica.....	59
4.1. Real Decreto-ley sobre firma electrónica (1999).....	59
4.2. Ley de servicios electrónicos de confianza (2020).....	61
III. COMENTARIO DEL DERECHO AL PSEUDONIMATO DEL APARTADO IV DE LA CARTA	62

1. Mejoras técnicas en la redacción del apartado.....	63
2. Servicios en los que es necesario identificar al usuario	63
2.1. Casos y garantías para levantar el pseudonimato	63
3. En contra del pseudonimato y a favor de la identificación.....	64
4. En contra del pseudonimato y a favor del anonimato.....	64
IV. EL IMPACTO POSIBLE Y DESARROLLO DEL (NUEVO) DE- RECHO Y CONCLUSIONES	65
1. Oportunidad o necesidad de que se haya incluido en la Carta.	65
2. Visión y valoración crítica del apartado	66
3. Valoración de lo que no está y quizá debería estar en la Carta	66
V. ANEXO. APORTACIONES MÁS RELEVANTES DE LA CON- SULTA PÚBLICA	66
1. A favor de una identificación plena	66
2. A favor del anonimato	68
3. Confusión entre el anonimato y el pseudonimato.....	70
4. Diferenciación entre el pseudonimato, el anonimato y el cifra- do.....	71
5. Las condiciones de pseudonimidad.....	73
6. El levantamiento del pseudonimato.....	76
7. Aportaciones varias sobre los términos, encuadramiento y su carácter instrumental.....	77

EL DERECHO A LA CIBERSEGURIDAD EN LA CARTA DE DERECHOS DIGITALES (VI)

ANTONIO TRONCOSO REIGADA
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Cádiz

I. EL DERECHO A LA CIBERSEGURIDAD EN EL MARCO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. LA PROBLEMÁTICA DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN Y LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO A LA CIBERSEGURIDAD DE LA CARTA Y EL DERECHO A LA SEGURIDAD DIGITAL DE LA LEY.....	79
II. EL DERECHO A LA CIBERSEGURIDAD Y SU RELACIÓN CON EL “DERECHO FUNDAMENTAL A LA GARANTÍA DE LA CONFIDENCIALIDAD E INTEGRIDAD DE LOS SISTE- MAS DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN” CONFIGU- RADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN	93
III. EL CONTENIDO DEL DERECHO Y LA RELACIÓN CON LA SEGURIDAD DEL TRATAMIENTO EN LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.....	105

IV. LAS OBLIGACIONES DE LOS RESPONSABLES PÚBLICOS Y PRIVADOS DE LOS SISTEMAS DIGITALES DE INFORMACIÓN RELATIVAS AL DERECHO A LA CIBERSEGURIDAD....	111
--	-----

DERECHOS DE IGUALDAD, PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y MAYORES EN EL ENTORNO DIGITAL (VIII, XI Y XII)

ANA ÁBA CATOIRA

Profesora Titular de Derecho Constitucional

Universidade de A Coruña Red feminista Derecho Constitucional

I. ELABORACIÓN DE LA CARTA DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL ENTORNO DIGITAL	123
II. LA IGUALDAD DIGITAL EN EL CONTEXTO NORMATIVO PREVIO A LA CARTA	125
III. IGUALDAD, BRECHA Y GÉNERO EN EL ENTORNO DIGITAL: EL ARTÍCULO VIII DE LA CARTA.....	128
1. Brecha digital y desigualdades digitales: discriminación digital	130
2. Género	131
IV. POSIBLE IMPACTO Y DESARROLLO: PROPUESTAS <i>AD FUTURUM</i> Y <i>CONCLUSIONES</i>	138
V. LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ENTORNO DIGITAL EN LA ELABORACIÓN DE LA CARTA.....	140
VI. EL CONTEXTO NORMATIVO DE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ENTORNO DIGITAL	141
VII. ACCESIBILIDAD UNIVERSAL Y ARTÍCULO XI DE LA CARTA	143
VIII. EL IMPACTO POSIBLE Y DESARROLLO DEL NUEVO DERECHO Y <i>CONCLUSIONES</i>	146
IX. LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES EN EL ENTORNO DIGITAL EN LA ELABORACIÓN DE LA CARTA Y EN SU CONTEXTO NORMATIVO.....	148
X. EL ARTÍCULO XII Y LOS MAYORES EN LA CARTA, <i>IMPACTO</i> Y <i>CONCLUSIONES</i>	151

PROTECCIÓN DE MENORES Y EDUCACIÓN EN EL ENTORNO DIGITAL (X Y XVII)

FRANCISCA RAMÓN FERNÁNDEZ
Profesora titular de Derecho civil
Universitat Politècnica de València

I. LA PROTECCIÓN DE MENORES EN EL ENTORNO DIGITAL EN LA ELABORACIÓN DE LA CARTA Y EN SU CONTEXTO NORMATIVO.....	155
1. Elaboración de la Carta.....	155
2. La protección de menores en el entorno digital en el contexto normativo previo a la Carta	157
II. LA “PROTECCIÓN DE MENORES EN EL ENTORNO DIGITAL” EN EL APARTADO X DE LA CARTA.....	160
1. Protección del menor y el uso de las TICs.....	161
2. Garantía por parte de los centros educativos y de las personas físicas o jurídicas del interés superior del menor y la protección de datos personales	163
3. Prohibición del tratamiento de la información para realizar perfiles de personalidad y prácticas de perfilado y su publicidad para manipular o perturbar la voluntad del menor.....	164
4. Libertades de información y expresión y estudios de impacto en la personalidad del acceso.....	165
III. EL IMPACTO POSIBLE Y DESARROLLO DEL NUEVO DERECHO. CONCLUSIONES	166
IV. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DIGITAL EN LA ELABORACIÓN DE LA CARTA Y EN SU CONTEXTO NORMATIVO	167
1. Educación digital en la elaboración de la Carta.....	167
2. El derecho a la educación digital en el contexto normativo previo a la Carta	169
V. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DIGITAL EN EL APARTADO XVII DE LA CARTA.....	175
1. Sistema educativo y sociedad digital.....	175
2. Formación del profesorado	178
3. Actividades en el ámbito de la educación promocionadas por el sector público	178
4. Objetivos de la educación para la ciudadanía.....	179
VI. EL IMPACTO POSIBLE Y DESARROLLO DEL NUEVO DERECHO Y CONCLUSIONES	180

DERECHO DE ACCESO UNIVERSAL Y NEUTRALIDAD DE INTERNET (IX Y XIII)

LORENZO COTINO HUESO
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valencia

I. DERECHO DE ACCESO Y LAS OBLIGACIONES DE PRESTACIÓN. POCAS APORTACIONES Y SIN CAMBIOS RELEVANTES EN EL PROCESO DE LA CARTA	181
II. REGULACIÓN PREVIA DEL DERECHO DE ACCESO A INTERNET	182
III. VALORACIÓN, CARENCIAS Y FUTUROS DESARROLLOS DEL DERECHO DE ACCESO	187
IV. DERECHO A LA NEUTRALIDAD: CAMBIOS Y APORTACIONES EN EL PROCESO DE ELABORACIÓN.....	189
V. LA REGULACIÓN PREVIA DE LA NEUTRALIDAD	190
VI. VALORACIÓN, CARENCIAS Y PROPUESTAS RESPECTO DE LA NEUTRALIDAD DE LA RED	194

EXPRESIÓN, INFORMACIÓN, CREACIÓN Y ACCESO A LA CULTURA. LIBERTADES Y RESPONSABILIDADES DE USUARIOS Y PLATAFORMAS EN ENTORNOS DIGITALES (XIV, XV Y XXIV)

LORENZO COTINO HUESO
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valencia

I. CAMBIOS Y APORTACIONES DE LOS APARTADOS XIV Y XV EN LA ELABORACIÓN DE LA CARTA.....	197
II. RECONOCIMIENTO GENERAL DE LAS LIBERTADES INFORMATIVAS EN EL ENTORNO DIGITAL	200
III. EL PROTAGONISMO DE LOS INTERMEDIARIOS Y DE SU RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD	202
IV. RESPONSABILIDADES DE PLATAFORMAS, SUS PODERES Y GARANTÍAS DE RECLAMACIÓN Y DEBIDO PROCESO	205
V. LA FALTA DE TODA REFERENCIA A LAS RESTRICCIONES DE ACCESO A ENTORNOS DIGITALES Y SUS GARANTÍAS ..	207
VI. LA CARTA DEBERÍA HACER REFERENCIA A LAS GARANTÍAS JUDICIALES O, EN SU CASO, DE AUTORIDADES INDEPENDIENTES	210

VII. EL APARTADO XV SOBRE EL DERECHO A RECIBIR LIBRE- MENTE INFORMACIÓN VERAZ QUE —AFORTUNADA- MENTE— NO ABORDA LA DESINFORMACIÓN.....	213
VIII. LAS GENÉRICAS OBLIGACIONES DE TRANSPARENCIA DE LOS INTERMEDIARIOS.....	215
IX. LA CARTA NO MEJORA LA DEFICIENTE REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE RECTIFICACIÓN, ACTUALIZACIÓN DE INFORMACIONES Y OLVIDO.....	216
X. LIBERTAD DE CREACIÓN Y DERECHO DE ACCESO A LA CULTURA (APARTADO XIV).....	220
1. Cambios y aportaciones.....	220
2. Contenido del precepto.....	221
XI. CONCLUSIÓN.....	222

EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA POR MEDIOS DIGITALES (XVI)

JORGE CASTELLANOS CLARAMUNT
Profesor Ayudante Doctor. Derecho Constitucional
Universitat de València

I. INTRODUCCIÓN.....	225
II. EVOLUCIÓN DEL “DERECHO A LA PARTICIPACIÓN CIU- DADANA POR MEDIOS DIGITALES” DEL ARTÍCULO XVI....	227
1. Propuestas de disertación sobre el artículo.....	229
2. Propuestas de modificación sobre el artículo.....	230
3. Propuestas de adición sobre el artículo.....	232
III. ANÁLISIS DEL “DERECHO A LA PARTICIPACIÓN CIUDA- DANA POR MEDIOS DIGITALES” DEL ARTÍCULO XVI.....	236
IV. VALORACIÓN GENERAL Y PROPUESTAS DE MEJORA.....	243
1. El dilema de arriesgar o no con la votación electrónica.....	246
2. Participación ciudadana e inteligencia artificial.....	247
V. CONCLUSIONES.....	247

DERECHOS ANTE LA ADMINISTRACIÓN DIGITAL Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (XVIII Y XV)

LORENZO COTINO HUESO
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valencia

I. CAMBIOS Y PROPUESTAS EN EL PROCESO DE LA CARTA...	251
--	-----

II. LA AFIRMACIÓN DE ALGUNOS PRINCIPIOS DE INTERÉS EN LA CARTA.....	255
III. EL ACCESO ELECTRÓNICO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN IGUALDAD Y LA NECESIDAD DE REFORZAR ALGUNAS GARANTÍAS.....	257
IV. IDENTIFICACIÓN ÓRGANOS Y LA NECESIDAD DE EVITAR UNA “HUIDA DEL DERECHO” EN LOS SISTEMAS DE APOYO A LA TOMA DE DECISIONES TEÓRICAMENTE HUMANAS.....	260
V. DERECHOS EN RELACIÓN CON EL USO PÚBLICO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL	263
1. Derecho al respeto del buen gobierno, de la buena Administración y de principios éticos	264
2. Transparencia de los usos algorítmicos públicos.....	265
3. Explicabilidad y motivación en lenguaje natural. Y la motivación humana si se separa del criterio algorítmico	269
4. Reserva legal de humanidad y del uso de IA para decisiones discrecionales	273
VI. EVALUACIÓN DE IMPACTO MULTIRRIESGO Y CON PARTICIPACIÓN SOCIAL	274
VII. OTRAS MEJORAS DESEABLES EN LA CARTA.....	278
1. La conveniencia de mencionar otras garantías como la aprobación previa de los sistemas públicos.....	278
2. La aconsejable extensión de garantías en el ámbito de la colaboración público privada	279
3. Algún reforzamiento respecto de la no discriminación algorítmica	280
VIII. CONCLUSIONES	281

DERECHOS EN EL ÁMBITO LABORAL Y LA EMPRESA EN EL ENTORNO DIGITAL (XIX Y XX)

ADRIÁN TODOLÍ SIGNES

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia*

I. LOS DERECHOS EN EL ÁMBITO LABORAL EN LA ELABORACIÓN DE LA CARTA Y EN SU CONTEXTO NORMATIVO	285
1. Elaboración de la carta.....	285
2. Los derechos en al ámbito laboral en el contexto normativo previo a la Carta	287
II. LOS DISTINTOS DERECHOS EN EL ÁMBITO LABORAL.....	289

1. Estructura y contenido	289
2. Protección de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras	291
3. Derechos formativos frente a las transformaciones digitales.....	293
III. POSIBLE IMPACTO Y DESARROLLO DE LOS DERECHOS	296
IV. CONCLUSIONES	297

LA UTILIZACIÓN DE DATOS CON FINES DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA (XXI)

IÑIGO DE MIGUEL BERIAIN

*Investigador Doctor. Universidad del País Vasco/
Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)*

PILAR NICOLÁS JIMÉNEZ

*Investigadora Permanente Doctora
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)*

I. INTRODUCCIÓN	299
II. INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA	302
III. UTILIZACIÓN DE DATOS PARA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA. LAS BASES FUNDAMENTALES ESTABLECIDAS POR EL RGPD	304
IV. TRATAMIENTO DE DATOS PARA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA. TRATAMIENTO DE DATOS PARA FINES COMPATIBLES.....	308
V. LAS GARANTÍAS	313
VI. EXCEPCIONES A DERECHOS	318
VII. SUPUESTOS ESPECIALES. INVESTIGACIÓN CON DATOS DE FALLECIDOS, DATOS DE MENORES, FETOS Y EMBRIONES, PERSONAS CON CAPACIDAD MODIFICADA JUDICIALMENTE E INCAPACES DE HECHO.....	323

DERECHOS DIGITALES EN EL EMPLEO DE LAS NEUROTECNOLOGÍAS: LOS NEURODERECHOS (XXVI)

LUIS MIGUEL GONZÁLEZ DE LA GARZA

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional
Universidad Nacional de Educación a Distancia*

I. INTRODUCCIÓN	327
II. CARTA DE DERECHOS DIGITALES Y LA NEUROTECNOLOGÍA.....	331

III. EL ARTÍCULO XXVI DE LA CARTA DERECHOS DIGITALES EN EL EMPLEO DE LAS NEUROTECNOLOGÍAS.....	332
1. La garantía del control de cada persona sobre su identidad....	337
1.1. Garantizar el control de cada persona sobre su propia identidad.....	337
2. La garantía de la autodeterminación, soberanía y libertad en la toma de decisiones	339
2.1. Garantizar la autodeterminación individual, soberanía y libertad en la toma de decisiones.....	339
3. Neurodatos y confidencialidad.....	341
3.1. Asegurar la confidencialidad y seguridad de los datos obtenidos o relativos a sus procesos cerebrales y el pleno dominio y disposición sobre los mismos.....	341
4. Las interfases de conexión.....	345
4.1. Regular el uso de interfaces persona-máquina susceptibles de afectar a la integridad física o psíquica	345
5. Garantías contra sesgos.....	346
IV. LA “NEUROTECNOLOGÍA” Y LA EUGENESIA NEUROTECNOLÓGICA.....	358
V. CONCLUSIONES	360

GARANTÍA DE LOS DERECHOS EN LOS ENTORNOS DIGITALES (XXVII)

MOISÉS BARRIO ANDRÉS

Ltrado del Consejo de Estado. Doctor en Derecho

I. INTRODUCCIÓN	363
II. REGULACIÓN PROPUESTA EN LA CARTA.....	368
III. COMENTARIO: AUTORREGULACIÓN Y GARANTÍAS EXTRAJUDICIALES	371
1. Mecanismos de autorregulación regulada.....	372
2. Garantías extrajudiciales (o parajurisdiccionales de la Administración)	376
IV. COMENTARIO: GARANTÍAS JUDICIALES Y DIVERSAS VÍAS DE TUTELA EN LA SOCIEDAD DIGITAL	381
1. La realización de reformas específicas en las leyes procesales vigentes	382
2. La creación de un órgano jurisdiccional especializado.....	383
3. Hacia un orden jurisdiccional propio	385
V. A MODO DE CONCLUSIÓN	385

CARTA DE DERECHOS DIGITALES, GOBIERNO DE ESPAÑA	395
Consideraciones previas	396
Derechos de libertad	398
Derechos de igualdad	401
Derechos de participación y de conformación del espacio público	404
Derechos del entorno laboral y empresarial	410
Derechos digitales en entornos específicos	413
Garantías y eficacia	417
CARTA PORTUGUESA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ERA DIGITAL, LEY N° 27/2021, DEL 17 DE MAYO.....	419
COMISIÓN EUROPEA, DECLARACIÓN EUROPEA SOBRE LOS DERECHOS Y PRINCIPIOS DIGITALES PARA LA DÉCADA DIGITAL ...	429

Presentación

Me resulta muy grato presentar la primera obra monográfica en España sobre la Carta de derechos digitales adoptada por el Gobierno de España en junio de 2021¹.

La muy dinámica Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial lanzó la Carta de Derechos Digitales en verano de 2020 a partir de un Grupo asesor de Expertas y Expertos. Tras algunas consultas internas con expertos o grupos de expertos, se abrió un procedimiento de consulta abierta hasta diciembre de 2020², algo en sí muy positivo, para ser adoptada seis meses después. Muchos de los trabajos de esta monografía han examinado los 84 documentos de las más de 250 aportaciones recibidas³. Como se afirma en las “consideraciones previas” de la Carta, no se trata necesariamente de descubrir derechos digitales pretendiendo que sean algo distinto de los derechos fundamentales ya reconocidos o de que las nuevas tecnologías y el ecosistema digital se erijan por definición en fuente de nuevos derechos. Se trata de un enfoque adecuado para no caer en la tentación de afirmar como nuevos derechos los que no son sino derivaciones o facultades de los clásicos derechos fundamentales. Pero añade la Carta, también con acierto, que los entornos digitales generan nuevos escenarios, contextos y conflictos que imponen la adaptación de los derechos y la reinterpretación del Derecho. Así, la Carta trata de perfilar los derechos más relevantes en estos entornos o en su caso —según se afirma— describir derechos instrumentales o auxiliares de los primeros.

¹ https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf.

² https://portal.mineco.gob.es/es-es/ministerio/participacionpublica/audienciapublica/Paginas/SEDIA_Carta_Derechos_Digitales.aspx.

³ Se pueden descargar 84 mb de las respuestas a las consultas. Asimismo, se ha tenido ocasión de acceder a un documento excel sistematizado con las aportaciones en razón del apartado de la Carta. Se trata de un material por lo general bien sugerente.

https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/participacion_publica/audiencia/ficheros/Respuestas.zip.

La Carta parte de un contexto normativo previo en el que destaca la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales⁴. Afirmar Rallo que la LO 3/2018 supuso un “salto cualitativo en la necesidad de garantizar” derechos para subordinar la tecnología al individuo y la preservación de la dignidad. También apunta que la elevación a rango legal genera interrogantes y reflexiones sobre su anclaje constitucional. Señala en todo caso que quedan zonas de penumbra que este desarrollo legislativo no puede resolver, a la espera de acciones positivas de los poderes públicos y de procesos aplicativos jurisprudenciales⁵. Considero en general que introducción de los “derechos digitales” a mitad del proceso legislativo de la Ley Orgánica 3/2018 fue precipitada y no se dio el reposo y meditación necesarios. En algunos casos, la regulación legal de derechos digitales se quedó *en tierra de nadie*, puesto que no se trataba de una norma constitucional a la que bastara la enunciación genérica de derechos. Así, de poco sirve la mera afirmación del acceso a internet, las libertades informativas o la neutralidad de internet. Y la mera enunciación legal de algunos derechos no aportó prácticamente nada, como los muy interesantes derechos a la desconexión o el derecho a la seguridad, o la educación. En otros casos, la falta de suficiente estudio en la materia y los precipitados tiempos legislativos llevaron a regulaciones especialmente deficientes, como el derecho a la rectifica-

⁴ Sobre los derechos digitales en dicha ley, algunos comentarios: A. Troncoso Reigada (Dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021; M. Arenas Ramiro y A. Ortega Giménez (Dir.), *Protección de Datos. Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, Sepin, Madrid, 2019 o A. I. Berrrocal Lanzarot (pr.), *Comentarios a la Nueva Ley de Protección de Datos: Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Dilex, Madrid, 2020.

Asimismo y más recientemente, J. F. Ayuso (coord.), *Retos, desafíos y oportunidades en materia de derechos digitales en un contexto de pandemia: visión multidisciplinar*, Thompson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022 y F. Ramón Fernández (coord.), *Los nuevos retos de los derechos digitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

⁵ A. Rallo Lombarte, “Una nueva generación de derechos digitales”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 187, 2020, págs. 101-135, pág. 131 doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.187.04>.

ción. Pese a su interés, el derecho de actualización de informaciones o al olvido han quedado en el ostracismo, intrascendencia o ineficacia. Incluso alguna regulación más elaborada como los derechos de la intimidad y vigilancia laboral, se ha demostrado falta de finura y detalle, lo cual ha generado casi más problemas que antes de su regulación. Lamentablemente la regulación de los derechos digitales de la Ley Orgánica 3/2018 poco o nada tuvo que ver con la pionera Ley de la República digital francesa de 2016⁶.

Sobre esta base, el planteamiento de una Carta de derechos digitales sin carácter normativo creo que era positivo. El documento bien podría haber trazado el camino a seguir y completar e ir más allá de lo que la Ley Orgánica 3/2018 no culminó. En esta dirección la Carta en sus consideraciones introductorias afirma que el objetivo es descriptivo, prospectivo y asertivo y que no tiene carácter normativo, para marcar los “novísimos retos” y sugerir principios y políticas, proponiendo un marco de referencia para la acción de los poderes públicos, también contribuir a los procesos de reflexión que se están produciendo a nivel europeo, buscando una digitalización humanista, que ponga a las personas en el centro.

Pues bien, la Carta de derechos digitales podría incluso haber sido una *carta a los Reyes*, es decir, podría haber supuesto un texto de máximos, al estar liberada de su carácter normativo. La Carta podría explorar y fijar metas y soluciones frente a los problemas existentes, podría estimular a la jurisprudencia y al legislador para colmar las muchas lagunas y problemas no resueltos por los avances digitales. Sin embargo, entiendo que la Carta se ha quedado corta a este respecto y podría haber aspirado a más.

Entre sus contenidos se pueden encontrar algunos avances y novedades de los que en esta obra se da buena cuneta. Pero ciertamente es difícil hallar novedades entre muchas expresiones de carácter declarativo y de fomento, no asertivas. Y esta falta de expresiones de compromiso llaman la atención cuando la Carta no tiene ni aspira a tener carácter vinculante. Pero además y sobre todo, no es fácil encontrar en la Carta algo que no esté claramente ya regulado normativamente

⁶ LOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique. Ver <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000033202746/>.

o afirmado jurisprudencialmente. Y lo que debería es haber apuntado soluciones a los déficits y lagunas normativas y jurisprudenciales.

Del lado más positivo, el resultado de la Carta son veintiocho artículos (o apartados) divididos en bloques de derechos de libertad, de igualdad, de participación y de conformación del espacio público, del entorno laboral y empresarial y, finalmente sobre garantías y eficacia. Esta “codificación” y sistematización ya tiene un valor en sí mismo. Además, la Carta supera con mucho documentos coetáneos, como la iniciativa de la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, lanzada por la Comisión Europea y que se proclama en 2022. También considero que la Carta española tiene mayor profundidad que la Carta Portuguesa de los Derechos Humanos en la Era Digital. Ahora bien, en este caso, este texto es una ley, la Ley nº 27/2021, del 17 de mayo. El texto de las dos cartas y la declaración se ha incluido en la presente monografía para facilitar la consulta. En este sentido, la Carta creo que puede quedar como un documento relevante tanto para España como, en su caso, especialmente para el ámbito Iberoamericano.

Y el lector tiene entre sus manos lo que considero que es la monografía de referencia tanto sobre la propia Carta de derechos digitales, como sobre los elementos que deben impulsarse desde el legislador y los tribunales para avanzar en el reconocimiento eficaz de estos derechos digitales. En 2020 fui de los impulsores de importantes seminarios que generaron textos con meditadas propuestas de mejora de la Carta. De un lado, por parte de OdiseIA, la asociación más importante en España sobre el impacto de la IA y de la que es un honor coordinar las áreas de regulación y Derechos⁷. Por otro lado, desde la Red Derecho Administrativo de la Inteligencia Artificial (DAIA) que fundamos varios profesores en 2019⁸, tuvimos ocasión de aportar propuestas en

⁷ L. Cotino Hueso (coord.), *Comentarios y propuestas de modificación a la Carta de Derechos Digitales*, OdiseIA, Consulta pública, diciembre 2020 <https://www.dropbox.com/s/6kydkk18eb950k7/consultaOdiseIAv6.pdf?dl=0>.

⁸ Ver www.reddaia.org A. Cerrillo y otros, *Carta de Derechos digitales y sector público: propuestas de mejora*. Aportaciones de la Red DAIA a la Carta en el marco de la Consulta pública Subdirección General para la Sociedad Digital, diciembre 2020, <https://www.dropbox.com/s/gsbir4kcn6v1k0/DAIAcartadic20.pdf?dl=0>.

una fase inicial interna y en la consulta abierta. Ciertamente, consideramos que el artículo XVIII relativo a la Administración digital y la IA es uno de los más completos de la Carta. Conforme siguió el proceso de la Carta, en 2021 me propuse reunir a doce prestigiosos profesores y doctores de nueve diferentes universidades de España con trayectoria reconocida en Derecho digital para analizar la Carta. Se trata de personas de clara referencia en cada uno de los derechos o temas que analizan en los trece estudios que componen la obra. Se cuenta entre ellos, además, a tres de los ponentes o expertos de la misma.

Así las cosas, Susana de la Sierra, Ponente de la Carta, nos presenta una meditada introducción a la misma en primera persona. Otro de los ponentes de la Carta, Borja Adsuara nos presenta el derecho al pseudonimato (IV), uno de los aspectos más llamativos del texto. Igual sucede con el derecho a la ciberseguridad (VI) que también es exhaustivamente abordado por otro máximo especialistas de varias décadas en España, como Antonio Troncoso. Ana Aba Catoira analiza los derechos de igualdad, personas con discapacidad y mayores en el entorno digital (VIII, XI y XII). Y Francisca Ramón se centra en la protección de menores y la educación en la Carta (X y XVII), temas en los que ambas son expertas con muy larga trayectoria en publicaciones. Por mi parte, abordo en dos capítulos el derecho de acceso universal y neutralidad de internet (IX y XIII) y todo el tratamiento de temas afines como las libertades de información, expresión, creación y acceso a la cultura, así como toda la atención a las libertades y responsabilidades de usuarios y plataformas en entornos digitales (XIV, XV y XXIV). Jorge Castellanos, un referente en participación y transparencia en España, examina el derecho a la participación ciudadana por medios digitales (XVI). Quien suscribe ha realizado también el estudio relativo a los derechos ante la Administración digital y la inteligencia artificial (XVIII y XV). Ya respecto de los derechos en el ámbito laboral y la empresa en el entorno digital (XIX y XX) otro máximo experto reconocido como Adrián Todolí quien hace el examen. Quién mejor que Íñigo de Miguel Beriain y Pilar Nicolás Jiménez han participado con la regulación de la carta sobre la utilización de datos con fines de investigación científica (XXI). Y cierran la monografía otros dos estudios muy significativos, como el relativo a los neuroderechos (XXVI) por Luis Miguel González de la Garza. Es la persona de completa referencia en España en este tema de clara

innovación. Y el broche final lo pone otro ponente de la Carta como Moisés Barrio, que analiza la Garantía de los derechos en los entornos digitales (XXVII) un tema en el que ha adquirido un particular compromiso en la elaboración de la Carta y su estudio, también, contiene no pocas propuestas. A todos estos excelentes análisis se añaden, como se ha señalado, el texto mismo de la Carta, así como los de Portugal y la Declaración de la Unión Europea.

Llevo más de veinte años investigando los ahora llamados derechos digitales y, con ésta, casi una veintena de obras coordinadas. Ciertamente resulta difícil reunir a tan reconocidos expertos y haberles rogado el favor de dedicar ordenadamente su estudio a los diversos apartados que se les encargó. Sólo me resta pedirles disculpas por la cierta demora en la publicación definitiva de esta obra a la mayoría, que entregaron sus trabajos cuando correspondía. La vida académica no debería serlo, pero para muchos es una azarosa montaña rusa bien lejos de la tranquilidad y el sedentarismo. Y ello lleva a que no siempre sea posible cumplir con compromisos y plazos.

La Carta de derechos digitales sin duda que es un documento de referencia para los próximos años y, por ello, el mejor y más completo comentario y análisis sistemático y exhaustivo como el presente tiene en sí un gran valor para toda persona interesada en los Derechos digitales. Pero es más, me atrevo a decir que las aportaciones que implican los trabajos de esta monografía superan en ocasiones incluso a la propia Carta al incluir una visión crítica y propositiva respecto de la misma. Así, esta obra es la pieza de acompañamiento imprescindible de la Carta, un elemento básico para la necesaria proyección que debe tener la Carta en el futuro en manos del legislador y la jurisprudencia.

Quiero agradecer a los autores su compromiso y participación con este proyecto. Asimismo es preciso hacer constar diversos proyectos que acompañan y permiten esta iniciativa. Así, el Proyecto de I+D+i Retos del Ministerio, MICINN que codirijo “Derechos y garantías frente a las decisiones automatizadas en entornos de inteligencia artificial, IoT, big data y robótica” (PID2019-108710RB-I00, 2020-2022), nada menos que seis de los autores de la presente monografía forman parte de este proyecto. También, el grupo de investigación de excelencia Generalitat Valenciana “Algorithmic law” (Prometeo/2021/009, 2021-24). Igualmente, el proyecto “Derecho, Cambio Climático y

Big Data”, Grupo de Investigación en Derecho Público y TIC (2020-2022). Universidad Católica de Colombia).

LORENZO COTINO HUESO

Coordinador de la obra

En Konstanz, Alemania, junio de 2022