

Hacia una ciberconstitución. El reto de la digitalización

Eduardo de Celis Gutiérrez

Abogado. Profesor Asociado de Derecho Constitucional. Universidad de León. edeg@unileon.es

Recibido

24 enero 2021

Aceptado

15 febrero 2021

PALABRAS CLAVE

Constitución Española;
Ciberseguridad;
Ciberespacio; Derechos
digitales fundamentales;
Estrategia de transforma-
ción digital; Reforma
constitucional.

KEYWORDS

Spanish Constitution;
Cybersecurity; Cyberspace;
Digital fundamental rights;
Digital transformation
strategy; Constitutional
reform.

Resumen

Estudio que aborda la situación actual de la Constitución Española de 1978 en relación con el Ciberespacio. En primer término, se analizará la nueva realidad jurídica que plantean los nuevos derechos surgidos de las Nuevas Tecnologías, para concluir con el análisis de la conveniencia o no de reformar la Carta Magna para adaptar la a la Era Digital.

Towards a cyberconstitution. The challenge of digitalization

Abstract

The Spanish Constitution of 1978 and the new challenges in Cyberspace defies the Constitutional Law due to the emerging new digital fundamental rights. The need of a Constitutional Reform in terms of digitalization is one of the legal challenges Spanish Nation will face in the next years. Classic Individual Rights and Public Freedoms such as Freedom of Speech, Honour, Privacy and Civic Rights and Duties will share space with these new Digital Rights.

I. Introducción: el Derecho Constitucional español y el ciberespacio – II. Regulación constitucional de derechos digitales. Una Constitución preparada para el futuro – III. Derechos digitales fundamentales y la carta de derechos fundamentales – IV. ¿Es necesaria una reforma constitucional que digitalice estos derechos? – V. Conclusiones – Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EL CIBERESPACIO

El Pueblo Español, soberano, se enfrenta a un extraordinario desafío: el Ciberespacio y los riesgos que supone para los Derechos y Libertades recogidos en nuestra Constitución de 1978. La premisa por lo tanto es clara, ¿Está preparada nuestra Carta Magna para hacer frente a los envites de la Red de Redes y adaptarse a ellos? La respuesta debe ser positiva a pesar

de que ningún Ordenamiento Jurídico tiene una seguridad plena respecto al ciberespacio, debido a la mutabilidad constante que surgen en este entorno digital.

El Preámbulo de la Constitución Española proclama la voluntad del Pueblo Español a establecer un marco en el que la Justicia, la Libertad y la Seguridad se desarrollen, así como la voluntad de constituir una Sociedad Democrática Avanzada.

¿Encuentra cabida el Derecho Fundamental a la Ciberseguridad en nuestra Constitución?¹

Debemos tener en cuenta tres conceptos fundamentales en materia de nuestro Derecho Español en el ciberespacio:

1. Ciberespacio: es el espacio no físico donde se interconectan e interrelacionan las redes de comunicación e información que Internet une. Internet es la red que crea y canaliza esa conexión.
2. Ciberseguridad: conjunto de acciones que tienen por objeto el asegurar el uso de las redes propia y negarlo a terceros. Ese conjunto de acciones puede tener carácter preventivo, reactivo, o proactivo, amén de ser ejecutadas tanto por organismos públicos como privados.
3. Derecho Nacional del Ciberespacio: Conjunto de normas españolas en vigor que regulan el ámbito del ciberespacio.

Nuestra Constitución española de 1978 se enfrenta por tanto al enorme desafío de elevar al rango de derecho constitucional una nueva generación de Derechos Digitales, que han ido ganando peso junto con el desarrollo y protección de los derechos digitales analógicos que se van a manifestar de una manera ilimitada y ubicua en todo el Globo gracias a Internet.

En este sentido, dentro de la actual Estrategia de Seguridad Nacional, publicada en el año 2013 por el Consejo de Seguridad Nacional, la Constitución Española forma parte del eje normativo del que se estructuran los dos ámbitos de actuación de esta estrategia.²

El objetivo de buscar un uso seguro y un desarrollo de los derechos y libertades fundamentales seguro dentro del ciberespacio debe partir de una visión integradora que garantice lo anhelado por el Preámbulo de la Constitución Española, esto es el Progreso de la Sociedad, la Garantía de seguridad y el desarrollo de los Valores superiores del ordenamiento jurídico español, esto es, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Esa búsqueda de un marco normativo que proporcione confianza y seguridad a los ciudadanos españoles en el uso de las Nuevas Tecnologías de la Información (TIC's) debe obedecer a un imperativo de constante dinamismo y respuesta ante los peligros y desafíos con las que estas tecnologías disruptivas e innovadoras cambian la intensidad de los derechos fundamentales de los ciudadanos y que deben quedar protegidos y amparados en la Constitución. La necesidad de mantener actualizado todo el ordenamiento jurídico, desde la abundante normativa administrativa, procesal, civil, mercantil, fiscal... debe tener su

¹ BARRIO, I. M.: "Fricciones entre Internet y Derecho". *Claves de razón práctica*, núm. 255, págs. 13-21.

² «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 2019, páginas 43437 a 43455 (19 págs.).

traslación al campo de estudio del Derecho Constitucional y en concreto a la Carta Magna, a fin de adaptarse a la realidad jurídica que afecta al Pueblo español.

Los objetivos III y IV de la Estrategia Nacional de Seguridad establecen de una manera clara la necesidad de armonizar las legislaciones nacionales a través del desarrollo y mantenimiento de una regulación sólida y eficaz, así como la necesidad de una normativa que gestione sólidamente los riesgos del ciberespacio para poder edificar una sólida Cultura de la Ciberseguridad. En este punto, la Constitución Española de 1978 no puede quedar al margen.

Es esa transversalidad y mutabilidad del Ciberespacio y de su manifestación en la realidad social y jurídica la que necesaria una atenta revisión de nuestra carta Magna, a través de los ulteriores epígrafes de los que se van a tratar en este artículo.

II. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE DERECHOS DIGITALES. UNA CONSTITUCIÓN PREPARADA PARA EL FUTURO

Como punto de partida, y dentro de los artículos de la Constitución Española que forman parte de la normativa de la Estrategia Nacional de Seguridad, debemos de acudir al actual elenco de Derechos y Libertades Fundamentales.

Dentro del Título I de la Constitución Española, pese a la prevención del art. 18.4º CE relativo a la “limitación del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”, el resto de Derechos y Libertades fundamentales también se ven afectados por la incidencia de Internet y del Resto de Tecnologías de la Información más allá del derecho al Honor, Intimidad y Propia Imagen.

Por lo tanto, es necesaria una reflexión sobre una Protección Constitucional Transversal, actualizada y sensible de los Derechos Fundamentales ante injerencias ilegítimas de terceros a través de la utilización de medios tecnológicos o como consecuencia de los mismos.

En efecto, el concepto de Ciberseguridad en la actualidad está previsto constitucionalmente dentro de este art. 18.4º CE a través de una interpretación analógica muy amplia, a la que la Doctrina y Jurisprudencia ha recurrido a falta de una modificación constitucional.

Parte de la doctrina se refiere a la manifestación de esa incidencia del Ciberespacio a través de empresas intermediarias, plataformas, gigantes tecnológicos, y demás operadores como auténticos “poderes salvajes” que están poniendo en grave peligro, debido a su intensidad a los derechos y libertades de los ciudadanos, haciendo necesaria más que nunca a la Constitución como garantía de las nuevas realidades³.

A pesar de todo ello, el Ordenamiento Jurídico Español puede presumir de una Constitución vanguardista que con una cierta previsión ha amparado y protegido las injerencias en los

³ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: *Los poderes salvajes. Ciberespacio y responsabilidad por contenidos difamatorios*. Marcial Pons. 2020. págs. 13-17.

derechos y libertades de los ciudadanos por parte de amenazas que en los años 70 y 80 solo podían imaginarse en relatos de ciencia ficción.

En este sentido, el art. 17.1 de la Constitución Española reconoce los Derechos a la Libertad y a la Seguridad, siendo los primeros que pueden relacionarse desde un punto de vista transversal con la necesidad de garantía en el Entorno Digital. Esta preocupación por la seguridad se refleja en la propia Estrategia Nacional de la Ciberseguridad que acude a la Constitución en búsqueda de este amparo.

Debemos acudir al art. 18 de la Constitución para advertir una mayor preocupación por parte del Constituyente a la hora de valorar la injerencia de la informática (término obsoleto e incompleto en términos del Esquema Nacional de Ciberseguridad) en los Derechos al Honor, Intimidad y Propia Imagen.

La preocupación por la protección de estos derechos queda clara por parte del legislador y por parte del constituyente al aprobar en el año 1982 la 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 pero que debido al carácter cambiante, innovador y universal de Internet hace insuficiente.

En este sentido, el propio comité de expertos para la elaboración de una Carta de Derechos Digitales, advierte pese a los cimientos construidos por la Constitución española y el resto de normativa desarrolladora de los derechos fundamentales, se hace necesario reflexionar sobre la construcción de uno nuevos cimientos que afronten el riesgo que suponen sobre los derechos individuales y colectivos provenientes de nuevas realidades sociales como son las Redes Sociales, los buscadores, el Big Data, los algoritmos, ... y demás de tecnologías que exigen a la propia sociedad a concretar nuevos derechos que reflejen esa relación de los ciudadanos con la tecnología.

De una manera más concreta, y a raíz del ar. 18. 4 CE y su posterior desarrollo legal, en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, se ha consolidado la construcción de un nuevo derecho, el **Derecho fundamental a la protección de datos** como un derecho fundamental **autónomo** al que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en concreto, en sus SSTC 290/2000 y 292/2000 han reforzado.

Cabe precisar, pese a su reconocimiento como derecho fundamental autónomo, este Derecho Fundamental a la Protección de Datos de carácter personal no forma parte necesariamente de la Estrategia Nacional de Ciberseguridad puesto que su estudio y protección ya ha crecido de manera independiente desde los años 80, pasando por las distintas modificaciones operadas en Directivas y distintas leyes orgánicas.

Fruto del desarrollo legislativo del Derecho a la Protección de Datos, han surgido nuevos derechos, de creación legal, como los derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación, Oposición, Portabilidad, Olvido y Limitación en el Tratamiento (también denominados Derechos ARCO-POL).

La propia evolución en la protección de estos derechos derivados del Derecho Fundamental al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen, supone una intensidad diferente a la prevista por el propio art. 18 que exige un mayor análisis y espectro a la hora de diferenciar sus

posibles vulneraciones. Este es el caso de la interpretación que el Tribunal Constitucional realiza en su STC 58/2018 respecto al Derecho a Ser Olvidado (que no derecho al olvido), en el que se modera el ejercicio e intensidad del Derecho de Libertad de Expresión y el propio derecho a la intimidad por las informaciones contenidas en bases de datos o hemerotecas digitales.

En tercer lugar, el art. 24 CE referente a la Tutela Judicial Efectiva debe entenderse dentro del Esquema Nacional de Ciberseguridad desde una doble óptica:

A) Como acceso a la Justicia de los ciudadanos en caso de que las vulneraciones sufridas por los ciudadanos en el ciberespacio en sus derechos y libertades fundamentales, de conformidad con las normas procesales referente a los foros de competencia territorial, material y funcional.

B) Como reflejo de la adaptación de la Justicia y el proceso de Garantías jurisdiccionales en el uso de la tecnología.

La Tutela Judicial Efectiva es un Derecho Fundamental que de lleno se ha visto afectado por la abrupta incorporación de nuevas tecnologías en la tramitación de los procesos judiciales, administrativos, policiales que ponen en riesgo las garantías del proceso: declaraciones a través de videoconferencias, prueba y evidencias digitales, celebración de juicios a través de videoconferencia, notificaciones a través de sistemas criptográficos (Lexnet), ...

Las distintas leyes procesales han ido adaptando esta nueva realidad y afectación del art. 24 CE con sucesivas modificaciones, que, en muchos de los casos, han resultado pioneras respecto a ordenamientos jurídicos extranjeros.

La protección de los Consumidores y Usuarios en el Ciberespacio por parte de los Poderes Públicos tiene su reflejo constitucional en el art. 51 CE, que en los últimos años han venido promoviendo la resolución de Litigios en línea, los llamados ODR (Online Dispute Resolutions), dentro de la esfera de la Unión Europea

La creación y desarrollo de la Plataforma de resolución de litigios en línea viene dispuesta en el Reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo y ha supuesto un paso adelante en la implementación de las nuevas tecnologías en el ámbito civil para la protección de los individuos.

Dentro de la Constitución, pero ya fuera del campo de los Derechos y Libertades Fundamentales, existen varios supuestos en los que las nuevas tecnologías tienen una especial relevancia sobre todo en materia de Seguridad Pública. Concretamente los art. 8 y 104 referentes a las Fuerzas Armadas y a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado⁴.

La Constitución ha establecido reiteradamente la necesidad de establecer un marco legal que garantice la seguridad de los españoles en aras a la protección de los derechos y libertades

⁴ ARGUMOSA, J.R.: “Tendencias que afectarán a las Fuerzas Armadas en 2050.bie3”, *Boletín I.E.E.E.*, núm. 8, 2017, págs. 219-243.

individuales y colectivos, así como asegurar la estabilidad política interna e internacional de la Nación española como parte de una Comunidad Internacional.

La creación dentro de las Fuerzas Armadas y de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado (Policía Nacional, Guardia Civil, Policías Autonómicas y locales) de unidades destinadas a la investigación de delitos telemáticos se enmarca dentro de la propia Estrategia Nacional de Ciberseguridad. Así podemos mencionar a la Brigada de Investigación Tecnológica de la Policía Nacional y al Grupo de Delitos Telemáticos de la Guardia Civil, cuyos medios y formación se están viendo incrementados en los últimos años debido al creciente número de casos provenientes del mundo online.

El Ministerio Fiscal, regulado en el art. 124 CE, tiene encargado promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados. La importancia de este órgano en relación con el ciber espacio se refleja en que se ha convertido en una institución clave en la protección del ciberespacio, a través de la creación de la Unidad de Delitos Telemáticos, adscrita a la Fiscalía General del Estado.

III. DERECHOS DIGITALES FUNDAMENTALES Y LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Derechos digitales fundamentales

El reconocimiento de una nueva cartera de derechos digitales fundamentales se trata de una materia controvertida en la doctrina constitucional. Por una parte, nos encontramos con un sector tradicional que considera que no cabe hablar de una dualidad de derechos analógicos y derechos digitales, sino que solo existen derechos fundamentales que se manifiestan de manera diferente en diferentes ecosistemas, el offline y el online, pero siendo los mismos.

Sin embargo, existe una corriente dentro del Neoconstitucionalismo que ha advertido que la irrupción de Internet desde su explosión a finales del siglo XX hasta nuestros días ha supuesto el nacimiento de nuevas realidades que afectan a la naturaleza del ser humano, las relaciones interpersonales, relaciones Hombre-Máquina y sobre todo, las relaciones que se están derivando del auge de la Inteligencia Artificial, los algoritmos, el machine-learning y el Big Data, que están suponiendo un auténtico jaque a la propia consciencia de la realidad actual.

En el campo de garantías de estos nuevos derechos digitales fundamentales, el apartado IV del Preámbulo de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantías Digitales apunta que *“Internet se ha convertido en una realidad omnipresente tanto en nuestra vida personal como colectiva. Una gran parte de nuestra actividad profesional, económica y privada se desarrolla en la Red y adquiere una importancia fundamental tanto para la comunicación humana como para el desarrollo de nuestra vida en sociedad. Ya en los años noventa, y conscientes del impacto que iba a producir Internet en nuestras vidas, los pioneros de la Red propusieron elaborar una Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Internet”*.

Hoy identificamos con bastante claridad los riesgos y oportunidades que el mundo de las redes ofrece a la ciudadanía. En este sentido *“corresponde a los poderes públicos impulsar políticas que hagan efectivos los derechos de la ciudadanía en Internet promoviendo la igualdad de los ciudadanos y de los grupos en los que se integran para hacer posible el pleno ejercicio de los derechos fundamentales en la realidad digital. La transformación digital de nuestra sociedad es ya una realidad en nuestro desarrollo presente y futuro tanto a nivel social como económico. En este contexto, países de nuestro entorno ya han aprobado normativa que refuerza los derechos digitales de la ciudadanía”*.

Los constituyentes de 1978 ya intuyeron el enorme impacto que los avances tecnológicos provocarían en nuestra sociedad y, en particular, en el disfrute de los derechos fundamentales. Sin embargo, y tal y como advierte la profesora Álvarez Robles⁵, existe una disfuncionalidad en el campo de la garantía de derechos digitales fundamentales en cuanto a la aplicación analógica de la normativa puesto que no todos los llamados “derechos analógicos” tiene su reconocimiento en el ámbito digital ni los derechos digitales tienen asegurado su correspondiente analógico. Podemos afirmar, por lo tanto, que la Garantía de los nuevos derechos digitales es tremendamente casuística y se encuentra en constante formación, a falta de reconocimiento constitucional y al incipiente desarrollo legislativo de los mismos.

Ya advierte que *“una deseable futura reforma de la Constitución debería incluir entre sus prioridades la actualización de la Constitución a la era digital y, específicamente, elevar a rango constitucional una nueva generación de derechos digitales. Pero, en tanto no se acometa este reto, el legislador debe abordar el reconocimiento de un sistema de garantía de los derechos digitales que, inequívocamente, encuentra su anclaje en el mandato impuesto por el apartado cuarto del artículo 18 de la Constitución Española y que, en algunos casos, ya han sido perfilados por la jurisprudencia ordinaria, constitucional y europea”*.

Así pues, son los Poderes Legislativos estatal y comunitario quienes han asumido la responsabilidad de materializar el anhelo de establecer un Sistema de Reconocimiento y Garantía de Derechos Digitales.

En nuestro ordenamiento jurídico ha sido a través del título X de la Ley Orgánica 3/3018 donde se establece un listado de derechos digitales de una manera in extremis y sin el necesario debate y reflexión sobre esta cuestión que afecta varios aspectos de la sociedad y que tal y como veremos, no tardo en reflejarse a través del proyecto de la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial (SEDIA) del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, con la elaboración de una Carta de Derechos Digitales.

En el art. 79 LOPDGDD, bajo la rúbrica de “Los derechos en la Era Digital” se realiza una primera aproximación entre el marco constitucional de la carta de derechos fundamentales de la constitución del Título I de la Constitución y su repercusión en internet al señalar que “los derechos y libertades consagrados en la Constitución y en los Tratados y Convenios Internacionales en que España sea parte son plenamente aplicables en Internet”.

⁵ ÁLVAREZ ROBLES, T.: *Comentarios a la Nueva Ley de Protección de Datos* (VVAA). Dilex. 2020, págs. 287-327.

Así pues, podemos afirmar que en este caso el legislador ha dado un primer paso al separar conceptualmente el derecho reconocido en el art. 18.4 CE circunscrito a priori al Derecho al Honor, Intimidad personal y familiar y a la propia imagen, de un Derecho Fundamental al Entorno Digital.

El elenco de derechos digitales incluidos en este capítulo X es insuficiente, pero viene a aproximar la problemática creada ante el vacío normativo en materia de protección de una serie de situaciones surgidas como consecuencia de un nuevo elemento, la Red, y que sin ellas sería impensable.

Estos derechos son:

1. Derecho a la neutralidad de la Red,
2. Derecho de acceso universal a Internet,
3. Derecho a la seguridad digital, a la educación digital,
4. Derecho a la protección de los menores en internet el derecho de rectificación en internet,
5. Derecho a la actualización de informaciones en medios de comunicación digitales,
6. Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral,
7. Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, el Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo,
8. Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral,
9. Derecho a Ser Olvidado en motores de búsqueda y en redes sociales,
10. Derecho de Portabilidad de datos,
11. y el Derecho al Testamento Digital.

Los Poderes Públicos, por tanto, al albor de estos nuevos derechos digitales, han de seguir el mandato impuesto por la propia Constitución Española en su art. 9.2 a fin de hacer efectiva la Igualdad material (art. 14) y libertad a través del impulso de políticas que garanticen el pleno ejercicio de los derechos digitales tanto de una manera individual como colectiva.

Esta exigencia no solo se impondrá al Gobierno de acuerdo a las competencias atribuidas por el art. 97 y ss. CE sino que el propio legislador deberá asumir las funciones atribuidas en los artículos 81 y ss. Para promover el desarrollo legislativo de estos derechos vía Ley Orgánica u Ordinaria según proceda, sin perjuicio del procedimiento de reforma constitucional al que nos referiremos en el siguiente apartado.

2. Carta de derechos digitales

La finalidad de aprobar una Carta de Derechos Digitales pocos años después de la aprobación de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos y Garantía de Derechos digitales no es otra que la de completar y desarrollar este nuevo marco normativo en el campo de las Garantías de Derechos Digitales.

La iniciativa ha correspondido en este caso, y en virtud del art. 97 CE al propio Gobierno, a través de su Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

De una manera muy acertada, la Secretaría de Estado inició un proceso de elaboración de una Carta, que no una Ley, dedicada exclusivamente a los derechos digitales y no como un “capítulo extra” enmendado a última hora, para incluir algunos todavía no recogidos en el Título X de la LOPDGDD.

La falta de negociación y debate de los preceptos incluidos en los artículos 87 y ss. de la LOPDGDD originó que cuestiones sensibles en materia de Inteligencia Artificial, Discriminación causada por algoritmos, al mundo empresarial y al de colectivos sensibles como la tercera edad o el acceso a la cultura, exigían un proceso más pausado y transversal en el que expertos de diversos campos analizaran el actual marco normativo constitucional, comunitario y legal.

Para la elaboración de la Carta, el Gobierno ha contado con el asesoramiento y las propuestas de un grupo de expertos y la contribución de la ciudadanía a través de un proceso participativo abierto, que convertirá esta Carta de Derechos Digitales en la primera a nivel nacional producto de un procedimiento de esas características.

La finalidad de este texto no es la de crear nuevos Derechos Fundamentales, que ya están recogidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948), la Constitución española (1978) y la Carta Europea de Derechos Fundamentales (2000), sino la de reforzar el Ordenamiento Jurídico Español y el Sistema de Derechos y Libertades fundamentales sin acudir a la vía de la Reforma Constitucional, aunque esta vía en un medio-largo plazo es inevitable.

En el borrador de Carta de Derechos Digitales, en su art. 1.2 se establece que *“todas las personas poseen idénticos derechos en el entorno digital y en el analógico, sin perjuicio de las limitaciones que de acuerdo con la Constitución y las leyes pudieran establecerse atendiendo a las peculiaridades de cada ámbito”*. Y continúa diciendo que *“las leyes concretarán, en cuanto sea necesario, las especificidades de los derechos en el entorno digital y regularán su desenvolvimiento y efectividad, estableciendo garantías y promoviendo la igualdad en el ecosistema digital”*.

Estos nuevos Derechos y Libertades en el entorno Digital deberán cumplir siempre la exigencia de garantizar el cumplimiento de los Derechos Humanos como son la Dignidad Humana, el Libre desarrollo de la personalidad y la búsqueda del fin común.

Por lo tanto, lo que está buscando el legislador, a través de esta Carta Digital es la incorporación al Esquema Nacional de Ciberseguridad en el campo de los Derechos y Libertades Fundamentales y la de dotar de una mayor flexibilidad y seguridad jurídica a la hora de afrontar los retos científicos que están por venir, estableciendo límites que garanticen que una mala praxis en el campo social, científico, civil, penal en el Ciberespacio puedan vulnerar los derechos fundamentales y libertades públicas de los grupos e individuos.

Fruto de este detallado trabajo se han desarrollado varios derechos digitales que tienen una identidad propia en el ecosistema digital y que difícilmente podrían trasladarse al mundo analógico, esto es:

1. Derecho a la Identidad en el Entorno digital.
2. Derecho al Pseudonimato
3. Derecho a no ser localizado y perfilado
4. Derecho a la Seguridad Digital
5. Derechos digitales de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones Públicas.
6. Derecho de acceso a datos con fines de investigación, científica, innovación y desarrollo
7. Derecho al Desarrollo tecnológico y entorno digital sostenible.
8. Libertad de creación y derecho de acceso a la cultura en el entorno digital.

Sin embargo, la mayor aportación de la Carta de derechos Digitales se encuentra en el Reconocimiento y Desarrollo de una serie de Derechos en materia de Inteligencia Artificial⁶ y del empleo de las Neurotecnologías.

Respecto a la Inteligencia Artificial, la Carta se muestra ambiciosa respecto a la regulación de un campo tecnológico sobre el cual el legislador tiene grandes zonas grises debidas a las implicaciones éticas y jurídicas. La Carta pretende garantizar el derecho a que ningún ciudadano sea discriminado por las decisiones basadas en algoritmos bajo los principios de “transparencia, auditabilidad, explicabilidad y trazabilidad” de los mismos.

Se dispone el anhelo sobre la garantía a que las personas no sean objeto de una decisión basada únicamente en procesos de una decisión automatizada, por lo que se introduce el derecho a que se solicite una supervisión e intervención humana así como la posibilidad de impugnar a través de los procedimientos legalmente previstos dichas decisiones automatizadas o algorítmicas.

Finalmente, resulta sorprendente y vanguardista la inclusión de una regulación de garantías referentes al empleo de un campo muy intrusivo de las tecnologías en el comportamiento humano como es la Neurotecnología.

La carta, de una manera ambiciosa pretende establecer por una parte límites y garantías para la implementación de estas tecnologías, y por otra parte la moderación y flexibilidad dentro del contexto internacional de técnicas que puedan suponer alteraciones en las capacidades de las personas.

No nos encontramos dentro de una novela de Kim Stanley Robinson⁷.

⁶ NADAL, M.V.S. “Inteligencia Artificial y seudonimato”: el Gobierno presenta la primera versión de la Carta de Derechos Digitales. Tecnología. El País. 17 Noviembre 2020 que puede verse en <https://elpais.com/tecnologia/2020-11-17/inteligencia-artificial-y-pseudoanonimato-el-gobierno-presenta-la-primera-version-de-la-carta-de-derechos-digitales.html> (Consultado el 25 de noviembre de 2020).

⁷ ROBINSON, K.S.: *Marte Rojo*. Editorial Booklet, 1993.

IV. ES NECESARIA UNA REFORMA CONSTITUCIONAL QUE DIGITALICE ESTOS DERECHOS?

A lo largo de estos más de cuarenta años de vigencia de la actual Constitución Española, los mecanismos previstos en el título X de la Constitución para afrontar una potencial reforma de la misma han sido recurrentes, pero de una manera residual y casi cosmética atendiendo a las materias que han afectado puesto que se han producido por causas exógenas al Derecho Constitucional nacional.

En 1992, se reformó el art. 13.2, para ampliar el sufragio universal pasivo a los ciudadanos de la Unión Europea en las elecciones municipales, una exigencia proveniente de la ratificación por parte del Estado Español del Tratado de Maastrich.

Mientras, en el año 2011, en plena crisis económica mundial, la reforma del art. 135 de la Constitución Española tuvo por objeto la inclusión en el mismo del concepto de “estabilidad presupuestaria”.

Ambas reformas fueron tramitadas a través del Procedimiento de Reforma ordinario del art. 167 de la Constitución, al no afectar ninguna de las materias reservadas para el procedimiento agravado.

Tal y como establece la profesora García-Atance García de Mor referente a la finalidad del mecanismo o función de Reforma Constitucional, es la *“de compatibilizar la tendencia irrenunciable al cambio, al que se encuentran impulsados los ordenamientos constitucionales por la inevitable e imparable evolución político-social y a la vez su permanencia en cuanto que, como texto fundamental en el que cristaliza la decisión política de una sociedad, exige su consolidación”*⁸.

Resulta necesario acometer acudir al procedimiento de Reforma Constitucional de una manera madura y ambiciosa para adecuar nuestra constitución de 1978 a la Era Digital, pese a las previsiones vanguardistas de los art. 18 y 20 CE e ir más allá de los puntuales desarrollos legislativos vía Ley Orgánica de Protección de Datos y de la Carta de Derechos Digitales en aras de proteger los Derechos Fundamentales del Pueblo español y cumplir la Estrategia Nacional de Ciberseguridad.

No podemos obviar que el impulso a de constitucionalizar derechos digitales ha procedido de Europa, como se refleja en el propio art. 8 CDFUE que elevó a rango constitucional el Derecho a la Protección de Datos de carácter personal, y fue a raíz del mismo cuando desde la Unión Europea se ha optado por una “inequívoca europeización del derecho de protección de datos a través de su regulación uniforme para toda la Unión Europea mediante el Reglamento Europeo de Protección de Datos”⁹.

⁸ GARCÍA-ATANCE GARCÍA DE MOR, M.V.: “Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional: garantía de permanencia o ruptura de consenso”. *Estudios de Deusto*, 2017-12-27, Vol. 65 (2), págs. 85-118.

⁹ RALLO LOMBARTE. A.: De la «libertad informática» a la constitucionalización de nuevos derechos digitales (1978-2018). *Revista de Derecho Político*. UNED. Núm. 100, 2017, págs.27-31.

Desde un punto de vista técnico, nuestra constitución tiene previsto un mecanismo de reforma constitucional (agravado) en su Título X, en el art. 168 que va a requerir un amplio consenso por parte de todos los grupos parlamentarios.

El hecho de no mantener actualizada la parte Dogmática de la Constitución, referente a los Derechos y Libertades Fundamentales, se podría lesionar la confianza de la Nación Española, Titular del poder constituyente en su Constitución, esto es, el peligro de encontrarnos ante una Constitución pétreo.

La introducción en el Listado de Derechos y Libertades Fundamentales de un nuevo Derecho Fundamental Digital apuntar a un **Derecho al entorno digital**, tal y como se apunta en el art. 1 del proyecto de Carta de Derechos Digitales.

Este nuevo derecho tendría su punto de partida en el Derecho a la Dignidad Humana, el libre desarrollo de la personalidad digital en las mismas condiciones que la analógica, así como a la obligación de los Poderes Públicos para garantizar la libertad, la seguridad y la igualdad en relación con el Desarrollo.

Nos encontramos ante un campo del Derecho Constitucional que no es para nada pacífico puesto que la distinción entre derechos analógicos y digitales puede resultar conflictivo para los ciudadanos al invitar a una dualidad de realidades en la que una misma persona podría actuar con una serie de derechos en el mundo offline y otra serie de derechos en el mundo online.

Sin lugar a dudas, el legislador ha advertido la naturaleza disruptiva de los Derechos que se manifiestan en el ciberespacio, en especial la ubicuidad, la intensidad, la universalidad y la volatilidad de los mismos.

Lógicamente, la ambición de la Carta Magna que en el año 1978 ya apuntó la especial relevancia de la Informática en el campo de la privacidad no podía esperar la transversalidad de los efectos que el Ciberespacio tendría sobre el resto de derechos y libertades fundamentales. El artículo 18.4 CE está limitado a la hora de atender a las necesidades de una sociedad digitalizada para la garantía de los derechos en Internet y ante la Tecnología.

Una hipotética reforma de la Constitución debería incluir la actualización de la Constitución a la era digital y constitucionalizar una nueva generación de derechos digitales, de carácter sustantivo o prestacional, de tal forma que se reconozca el derecho de todas las personas a poseer idénticos derechos en el entorno digital y en el analógico, sin perjuicio de aquellas limitaciones y especificidades que le corresponderían a cada tipo de derecho en virtud de su intensidad.

En este sentido, sería necesario la inclusión de los siguientes derechos:

1. Derecho a la protección de datos: de una manera independiente y que garantice el derecho que se ha desarrollado vía legal y jurisprudencial.
2. Derecho a la identidad en el entorno digital.
3. Derecho al pseudonimato.
4. Derecho a no ser localizado y perfilado.

5. Derecho a la seguridad digital.
6. Derecho a la igualdad y a la no discriminación en el entorno digital.
7. Derecho a la Protección de menores y personas con discapacidad en el entorno digital.
8. Derecho a la neutralidad.
9. Libertad de Expresión y Libertad de Información en el Entorno Digital.
10. Derechos digitales de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones Públicas.
11. Derecho de acceso a datos con fines de investigación, científica, innovación y desarrollo.
12. Derecho al Desarrollo tecnológico y entorno digital sostenible.
13. Libertad de creación y derecho de acceso a la cultura en el entorno digital.
14. Derechos ante la Inteligencia Artificial.
15. Derechos en el empleo de Neurotecnologías.

Del mismo modo, la necesaria reforma en la Constitución Española deberá atender a los mecanismos de garantía y protección de estos nuevos Derechos Digitales eficientes y acordes a naturaleza de los mismos, desde el establecimiento de mecanismos de autorregulación, sistema de garantías extrajudiciales y un reforzamiento del ejercicio de la Tutela Judicial efectiva del art. 24 CE que nos llevase a un planteamiento más ambicioso que suponga la creación de una Jurisdicción de Asuntos Digitales¹⁰.

V. CONCLUSIONES

El deseo de adecuar la Constitución Española de 1978 a la Era Digital por parte de la ciudadanía obedece a la necesidad de dar respuesta a una realidad cambiante en la que los ecosistemas analógico y digital requieren de un tratamiento diferenciado por cuanto los Derechos y Libertades fundamentales se manifiestan de forma diferente en uno y en otro.

La hoja de ruta hacia una Constitución Española Digitalizada lleva años marcada gracias al propio impulso de la Unión Europea, sobre todo en materia de protección de datos, pero también gracias a los importantes trabajos realizados en materia de Inteligencia Artificial, Regulación de la responsabilidad de Intermediarios Tecnológicos, la preocupación por la fiscalidad de las criptomonedas, y otras tantas manifestaciones de las Nuevas Tecnologías que han dejado muy atrás el concepto de Internet que se manejaba en el año 1978 referente sobre todo a la privacidad o a la vulneración de los derechos al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen a través de la Red.

Es por ello, que esta hipotética reforma podría llevarse a cabo a través de dos vías:

- La primera consistiría en una reforma global de la totalidad de los Derechos y Libertades Fundamentales en cuanto se ven afectados por la digitalización.
- La segunda supondría incluir un único nuevo derecho digital al Entorno Digital, que refleje dicha realidad y prevea la realidad cambiante del ciberespacio con el surgimiento de nuevos derechos a medida que evoluciona la relación del Hombre con la Tecnología.

¹⁰ FERNÁNDEZ, C.B.: “Se abre a consulta pública la Carta de Derechos Digitales”. Web *Noticias Jurídicas*, que puede verse en <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/15755-se-abre-a-consulta-publica-la-carta-de-derechos-digitales/> (consultado el 1 de diciembre de 2020).

Finalmente, y como consecuencia del debate surgido con la elaboración de una Carta de Derechos Digitales entre los distintos agentes jurídicos y sociales del país podemos extraer las siguientes reflexiones:

Primera: Proteger el Ciberespacio desde el Derecho Constitucional.

Segunda: Introducir un Derecho Fundamental al Entorno Digital que vaya más allá del art. 18.4 CE.

Tercera: Fortalecer los mecanismos de garantía constitucional en relación con los derechos digitales, para evitar una privatización de los mismos por parte de los Gigantes Tecnológicos.

Cuarta: Promover la vertiente internacional de los derechos digitales debido a sus características de ubicuidad, universalidad y especial intensidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Robles, T.: *Comentarios a la Nueva Ley de Protección de Datos* (VVAA). Ed. Dilex. 2020.
- Argumosa, J.R.: “Tendencias que afectarán a las Fuerzas Armadas en 2050.bie3”, *Boletín I.E.E.E.*, núm. 8, 2017.
- Barrio, I.M.: “Fricciones entre Internet y Derecho”. *Claves de razón práctica*, núm. 255.
- Fernández, C.B.: “Se abre a consulta pública la Carta de Derechos Digitales”. Web *Noticias Jurídicas*, que puede verse en <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/15755-se-abre-a-consulta-publica-la-carta-de-derechos-digitales/> (consultado el 1 de diciembre de 2020).
- García-Atance García de Mor, M.V.: “Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional: garantía de permanencia o ruptura de consenso”. *Estudios de Deusto*, 2017-12-27, vol. 65 (2), 2017.
- Nadal, M.V.S.: “Inteligencia Artificial y seudonimato”: el Gobierno presenta la primera versión de la Carta de Derechos Digitales. Tecnología. El País. 17 Noviembre 2020 que puede verse en <https://elpais.com/tecnologia/2020-11-17/inteligencia-artificial-y-pseudoanonimato-el-gobierno-presenta-la-primera-version-de-la-carta-de-derechos-digitales.html>
- Rallo Lombarte, A.: De la «libertad informática» a la constitucionalización de nuevos derechos digitales (1978-2018). *Revista de Derecho Político*. UNED. Núm. 100, 2017.
- Robinson, K.S.: *Marte Rojo*. Editorial Booklet, 1993.
- Villaverde Menéndez, I.: *Los poderes salvajes. Ciberespacio y responsabilidad por contenidos difamatorios*. Marcial Pons. 2020.