

CONSIDERACIONES Y APORTACIONES A LA PROPUESTA DE “CARTA DE DERECHOS DIGITALES”

Madrid, 19 de diciembre de 2020

INTRODUCCIÓN

En relación con la propuesta de Carta de Derechos Digitales, sometida a la Comisión Permanente de Digitalización de la Economía, las Administraciones y la Ciudadanía, se pueden formular las siguientes consideraciones, en particular, sobre las implicaciones laborales que tiene dicha propuesta.

Al respecto, hemos formulado las siguientes consideraciones, centrados en dos aspectos de la Carta:

- su eficacia jurídica en general, y en particular, en cuanto marco para el reconocimiento de derechos fundamentales,
- y en segundo lugar, en relación con los derechos de carácter laboral en el entorno digital.

Finalmente hemos elaborado una serie de aportaciones concretas al redactado de la “Carta de Derechos Digitales” al punto XVII “Derechos en el ámbito laboral. No obstante, como explicaremos en el apartado siguiente de consideraciones, a nuestro juicio los Derechos en el entorno laboral debería tener sustantividad propia como “Derechos del Trabajo en el entorno digital” y diferenciarlo de los Derechos vinculados a la empresa y a la libertad de empresa del punto XVIII.

CONSIDERACIONES

I. Consideraciones generales sobre la eficacia de la propuesta de “Carta de Derechos Digitales”

a. La eficacia normativa de la Carta

Según la exposición de motivos de la propia Carta, es un documento que no tiene previsto que tenga eficacia jurídica directa. Como expresa su introducción:

“La Carta no tiene carácter normativo, sino que su objetivo es reconocer los novísimos retos de aplicación e interpretación que la adaptación de los derechos al entorno digital plantea, así como sugerir principios y políticas referidas a ellos en el citado contexto.”

Aunque no es, por tanto, una propuesta normativa, su función esencial consiste en determinar la concreción de los derechos fundamentales en lo que llama “el entorno y los espacios digitales o describir derechos instrumentales o auxiliares de los primeros”.

Sin embargo, tal afirmación no es exacta, pues muchos de los contenidos recogidos en la Carta ya están garantizados por normas vigentes. Pero la Carta implica rebajar enormemente las garantías que se abordan en buena parte de su articulado, y presenta muchos contenidos de los derechos fundamentales, plenamente exigibles con arreglo a la actual normativa, como si fueran meras líneas de propuesta normativa.

Buena parte de los contenidos que recoge la Carta ya están positivizados en diversas normas, algunas de las cuales cita expresamente, o son criterios asumidos por la doctrina de los órganos de garantía de tales derechos fundamentales.

Esto sucede en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que recordemos, además de la eficacia del derecho a la protección de datos en el ámbito laboral, recoge medidas específicas, como son:

TÍTULO X. Garantía de los derechos digitales

Artículo 79. Los derechos en la Era digital.

Artículo 80. Derecho a la neutralidad de Internet.

Artículo 81. Derecho de acceso universal a Internet.

Artículo 82. Derecho a la seguridad digital.

Artículo 83. Derecho a la educación digital.

Artículo 84. Protección de los menores en Internet.

Artículo 85. Derecho de rectificación en Internet.

Artículo 86. Derecho a la actualización de informaciones en medios de comunicación digitales.

Artículo 87. Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral.

Artículo 88. Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral.

Artículo 89. Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo.

Artículo 90. Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral.

Artículo 91. Derechos digitales en la negociación colectiva.

Por tanto, buena parte del contenido de la Carta es desarrollo y aplicación de derechos que ya tienen la calificación de derechos fundamentales en la Constitución, o están recogidos en normas de desarrollo en la citada Ley Orgánica 3/2018. Por tanto, como hemos dicho, puede ser confuso plantear que su contenido carece de eficacia jurídica directa.

En relación con lo que llama derechos instrumentales o auxiliares, su configuración como tal, no tendría eficacia jurídica, si bien en muchos casos son mera concreción de una facultad, o dimensión de un derecho fundamental, a la que se le dota de sustantividad propia para su mejor identificación.

Sin embargo, conviene clarificar cuando tales derechos son meras propuesta de *lege ferenda*, o sí pueden tener eficacia legal como contenido del derecho fundamental, adaptado a las peculiaridades de la esfera digital.

Otras veces las previsiones de la Carta no operan en el terreno de la concreción o especificación de los derechos fundamentales, sino que recoge líneas de actuación política, a modo de líneas programáticas, que tienen una eficacia reguladora directa mucho más limitada.

b. Sobre la falta de identificación de los Derechos fundamentales en el entorno digital.

La Carta maneja toda una serie de derechos bajo el calificativo de derechos digitales, pero por muy descriptivo que quiera ser ese concepto –ya veremos que igualmente es impreciso–, no puede obviarse que para la técnica aplicativa de cualquier derecho, se debe determinar, previamente, si es o no un derecho fundamental.

Ello repercute en el ámbito de las técnicas de tutela y su garantía constitucional e internacional, que, básicamente, podemos recordar:

- En cuanto a la delimitación de su contenido, el legislador no puede desconocer su contenido esencial, mientras que otro caso sí tiene plena capacidad dispositiva o reguladora.
- En cuanto a la exigencia de Ley Orgánica de la norma que regule el régimen básico del derecho fundamental.
- En cuanto al juicio de ponderación al que se somete para determinar su vulneración, cuando entra en colisión con otros derechos o bienes jurídicos.
- En cuanto a la identificación de las vías procesales para hacerse efectivo, en tanto que habilita la tramitación de los procesos especiales de tutela de derechos fundamentales, en el ámbito Contencioso, pero también en el Social, o el Civil.
- En cuanto a la distribución de la carga probatoria, y la acreditación y cuantificación de los perjuicios sufridos.
- En cuanto a la posibilidad de utilizar los mecanismos de tutela ofrecidos por el Recurso de Amparo, o el acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o la intervención del TJUE cuando afecte a los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Es por ello que no parece lógico que en esta materia, no se asuma la necesaria clasificación entre derechos del entorno digital que tienen la consideración de fundamentales, y los que tienen una consideración limitada a su tutela en normas de legalidad ordinaria.

En la propuesta se parte de abordar derechos fundamentales, pero no se precisan cuales han de tener esa naturaleza, bien por ser contenido esencial, o por ser contenido adicional reconocido por el propio regulador, y los que no tienen esa consideración, pero que igualmente han de tener reconocimiento y tutela en el ámbito digital.

c. Sobre la conveniencia de dotar de plena eficacia jurídica a los derechos reconocidos en la Carta.

La principal utilidad de la Carta es la de ofrecer una visión sistemática de los derechos que operan en el ámbito digital, poner en evidencia determinados aspectos que orienten las líneas de intervención legislativa, y ofrecer criterios interpretativos en los que se trate de dotar de contenidos a los derechos fundamentales cuando se tienen que hacer efectivos en el entorno digital.

Sin embargo, es claro que los conflictos que está generando el entorno digital no son meras hipótesis de trabajo, sino que es una realidad plenamente consolidada, donde el legislador opera sobre la base de hechos consumados por los agentes y operadores que, a nivel empresarial, operan en este entorno, y donde los ciudadanos tienen un papel meramente pasivo. Es por ello que conviene dotar de un instrumento regulador que aborde esta parte de la realidad, sin perjuicio de que ello requiere un debate y análisis muy participativo, y expresión del mayor grado de consenso posible.

En este sentido la Carta no cubre, al menos tal y como están planteada, esta función. Y sería conveniente que el instrumento legal que lo aborde, tenga precisamente la denominación de Carta de derechos, en lugar de un mero documento programático.

Por ello cabe valorar dotar de verdadero rango legal a la Carta, que habría de revestir el carácter de “Ley Orgánica” por la que se aprueba la “Carta de los Derechos en el entorno digital” que refleja de forma más precisa su eficacia legal y su contenido.

d. Sobre la denominación de “Carta” a un instrumento que no tiene eficacia reguladora de los derechos en el entorno digital.

No es correcto asignar el termino Carta a un instrumento que no tiene eficacia jurídica, pues al margen de la flexibilidad con la que se pueda utilizar esta terminología, no puede desnaturalizar los instrumentos que la vienen adoptando, y que si tienen dicha eficacia.

Además, esa denominación supone haber agotado la materia en la publicación de esta propuesta, lo que puede dificultar enormemente la labor reguladora ulterior, que de verdadera eficacia a los derechos que la propuesta ahora sólo anuncia.

De esta forma, consideramos que si no se quiere dotar de eficacia legal a la propuesta, no se utilice el término de Carta, sino otros que pueden ser reflejo de una visión general de la materia, como Libro Blanco de..., Declaración de..., Bases para una propuesta normativa de...

e. Sobre la denominación de “Derechos Digitales”.

La Carta de identifica por su alusión a lo que llama “Derechos Digitales”, siguiendo la denominación de la LO 3/2018, que con notable confusionismo, parece limitarlos en ocasiones a los derechos en internet.

La expresión derechos digitales no se corresponde con la naturaleza de ningún derecho fundamental, ni tampoco con una tipología de tales derechos. El derecho más próximo a dicha denominación es el derecho a la protección de datos personales, pero es claro que el contenido de la Carta va mucho más allá del derecho a la protección de datos, y alude a toda una serie de derechos fundamentales en el entorno digital.

Es cierto que la función de la Carta, si se limita a orientar y efectuar una labor de prospección ante los retos que supone el entorno digital, el no utilizar un terminología asentada jurídicamente permite un mayor

grado de flexibilidad en las cuestiones que plantea, pero igualmente rebaja el nivel de expectativas con las que la Carta dota de contenido a los derechos que regula, al moverse en un terreno de la mera propuesta y no de la labor reguladora.

Sin embargo, no son derechos “digitales”, sino derechos, muchas veces con carácter de derecho fundamental, que tienen modulaciones o concreciones cuando la interacción de los sujetos opera en el entorno digital, o bien son garantías de los ciudadanos, tanto usuarios como trabajadores, cuando se utilizan los sistemas digitales a fines de interacción social, económica o productiva. Lo digital, por tanto no son los derechos, sino el entorno en el cual los mismos se ejercitan.

Por ello nos parece más adecuado calificar el contenido de la Carta como “Carta de los Derechos en el entorno digital”.

f. Sobre la sistemática de la Carta.

La Carta se articula, aunque no los enumera como tal, en diversos títulos, cada uno de los cuales recoge diversos derechos que deberían corresponderse con la categoría a la que alude el título.

1. DERECHOS DE LIBERTAD

- I. Derechos y libertades en el entorno digital*
- II. Derecho a la protección de datos*
- III. Derecho a la identidad en el entorno digital*
- IV. Derecho al pseudonimato*
- V. Derecho a no ser localizado y perfilado*
- VI. Derecho a la seguridad digital*
- VII. Derecho a la herencia digital*

2. DERECHOS DE IGUALDAD

- VIII. Derecho a la igualdad y a la no discriminación en el entorno digital*
- IX. Protección de menores en el entorno digital*
- X. Protección de personas con discapacidad en el entorno digital*
- XI. Protección de las personas mayores en el entorno digital*

3. DERECHOS DE PARTICIPACIÓN Y CONFORMACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO.

- XII. Derecho a la neutralidad de Internet*
- XIII. Libertad de Expresión y Libertad de Información*
- XIV. Derecho a la participación ciudadana por medios digitales*
- XV. Derecho a la educación digital*
- XVI. Derechos digitales de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones públicas.*

4. DERECHOS DEL ENTORNO LABORAL Y EMPRESARIAL

- XVII. Derechos en el ámbito laboral*
- XVIII. La empresa en el entorno digital*

5. DERECHOS DIGITALES EN ENTORNOS ESPECÍFICOS

- XIX. Derecho de acceso a datos con fines de investigación científica, innovación y desarrollo*
- XX. Derecho a un desarrollo tecnológico y a un entorno digital sostenible*
- XXI. Derecho a la protección de la salud en el entorno digital*
- XXII. Libertad de creación y derecho de acceso a la cultura en el entorno digital*
- XXIII. Derechos ante la Inteligencia artificial*
- XXIV. Derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías*
- XXV. Garantía de los derechos en los entornos digitales.*

El apartado XXV, sobre Garantía de los derechos en los entornos digitales, trata de la tutela judicial y administrativa del conjunto de los derechos que menciona la Carta, y por tanto, no puede incluirse en el título relativo a los derechos en entornos específicos. Por el contrario, requiere de un título propio.

II. Consideraciones específicas en relación con los derechos laborales en el entorno digital.

a. La sistemática de los derechos laborales, junto con el derecho a la iniciativa económica empresarial en el entorno digital.

La propuesta recoge en un título lo que llama “DERECHOS DEL ENTORNO LABORAL Y EMPRESARIAL”, agrupando en un mismo apartado, por una parte, los derechos que tienen las personas trabajadoras en los entornos digitales productivos, con la iniciativa económica empresarial en dicho ámbito.

Por una parte, recoge derechos fundamentales que le corresponden a una persona, y que se plasman en el entorno laboral, con el reconocimiento de *“la libertad de empresa en los entornos digitales en el marco de la economía de mercado”*.

Dicho reconocimiento de la iniciativa económica no tiene valor directo alguno, en tanto que, bien dicha iniciativa es ya plasmación de lo que recoge el modelo económico de la Constitución y de la normas de la Unión Europea, y que, sobre todo, cuenta con una regulación específica que, si bien admite dicha iniciativa, atribuye importantes facultades a los poderes públicos cuando operan en ámbitos de singular importancia, como las telecomunicaciones, o los servicios digitales.

La libertad de empresa no precisa de ninguna Carta para que opere en el ámbito digital, y de hecho, actualmente viene operando sin condicionantes reguladores como son, precisamente, los derechos de los ciudadanos y trabajadores en el entorno digital.

Sin embargo, con esa sistemática, se coloca en el mismo nivel que los derechos de las personas trabajadoras, lo que puede ser utilizado como criterio para reforzar las posiciones que vienen considerando que los derechos laborales, e incluso los derechos fundamentales, tienen un límite natural que es la libertad de empresa, que se usa como criterio interpretativo para restringir los derechos ciudadanos cuando afectan al interés empresarial.

Es por ello que para clarificar esta situación, los derechos laborales deberían de tener un tratamiento sistemático completamente distinto de la regulación, si es que se considera necesaria, de la libertad de empresa.

Más bien se trata de derechos digitales en ámbitos específicos, pero conviene no integrar esta materia en el título referido a dichos ámbitos a fin de darle sustantividad y posibilitar un tratamiento más detallado de los múltiples temas de plantea.

b. Lo limitado de la enumeración de los derechos en el entorno laboral, y la poca densidad reguladora de los derechos a que alude.

Se limita el capítulo XVIII a enumerar estos derechos en el ámbito laboral trabajadores y los empleados públicos:

a) La desconexión digital.

b) La protección de su intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador, así como frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo.

Se enumeran derechos que tienen, hoy por hoy, un mayor grado de desarrollo en la Ley Orgánica 3/2018. Por tanto, si la Carta no aborda la materia, carece de significado relevante en esta materia, ya superada por la previsión de la Ley Orgánica.

c. Las condiciones de trabajo en los entornos digitales.

Como novedad frente a lo regulado en la LO 3/2018, en la Carta se dice que:

“En todo caso se garantizarán condiciones de trabajo digno en los entornos digitales.”

Dado que se está aludiendo a relaciones laborales, las condiciones de trabajo que se tienen que garantizar no se limitan, exclusivamente, a las condiciones mínimas de trabajo digno, sino al conjunto de condiciones reconocidas en la legislación y en la negociación colectiva. Por ello, la alusión al trabajo digno carece de contenido regulador dado que es la legislación laboral la que ha de garantizar su cumplimiento.

Lo que compromete el entorno digital son otros aspectos vinculados a la capacidad de control y verificación de que se respetan las normas laborales, por un doble factor: La dificultad de control de la Inspección de Trabajo ante la deslocalización de las personas trabajadoras, incluyendo la deslocalización internacional, y las dificultades para la actuación sindical cuando no se desarrolla la actividad en un centro de trabajo, sino en un ámbito de desubicación física.

Ello requiere nuevos instrumentos de intervención sindical, más allá de los recursos al local, tablón de anuncios, o distribución de información que sigue regulación nuestra legislación. Se impone el acceso a las personas trabajadoras por los representantes sindicales, por canales seguros, gratuitos, confidenciales, accesibles, y sin riesgo de control o injerencia empresarial, el diseño de canales de comunicación, entrevista, reuniones virtuales, y todas las exigencias para el desarrollo de la acción sindical en el entorno digital.

Por otra parte, de cara a orientar la actuación de la Inspección de Trabajo se debería de precisar r las condiciones más relevantes que pueden estar en condiciones de especial vulnerabilidad en el uso de entornos laborales digitales, como es el control de la propia existencia de relación laboral, y la plena eficacia de las normas mínimas de salario, jornada, prevención de riesgos, y eficacia de la negociación colectiva. Del mismo, el acceso de la Inspección al entorno digital de comunicación con la plantilla, de verificación directa de las condiciones de trabajo y de recursos para que sea operativa su función de control de la legalidad debería de ser objeto de tratamiento.

d. El teletrabajo y los entornos digitales.

El teletrabajo no se configura como un derecho en sí mismo, aunque la Carta alude a su promoción, supeditado a que lo permita la organización empresarial.

Si lo que se regula es simplemente la promoción del teletrabajo, y no la imposición, lo que se debe de promover son las condiciones para que se lleven a cabo los cambios organizativos y tecnológicos que lo hagan posible, y no tanto, condicionar a que existan dichos cambios para que el teletrabajo se promocioe.

Además, la reciente normativa sobre este particular ha partido del criterio de la voluntariedad empresarial en el pacto o acuerdo de teletrabajo, si bien existen excepciones cuando deriva del derecho de adaptación como medida de conciliación, o ante la contención sanitaria. Es una materia en la que ha operado el acuerdo social, y debe preservarse ese principio en la adopción de decisiones tan relevantes.

No obstante, la capacidad de la organización es un concepto relativo, vinculado al grado de medidas o costes que deba asumir la empresa para implementar el teletrabajo. Y nuestra legislación ya ofrece como se han de ponderar dichos intereses empresariales cuando pueden estar en confrontación con otros bienes relevantes, como medidas de conciliación, o de contención sanitaria.

Por tanto, si se pretende recoger la idea de fomento del teletrabajo, sería necesario clarificar que se promoverán las condiciones de acceso al teletrabajo, respetando el principio de voluntad de las partes cuando su implantación derive del pacto o acuerdo.

Ahora bien, el teletrabajo sí tiene vinculación directa con determinados derechos derivados del entorno digital, que además están tratado en el RDL 28/2020. Podemos citar los siguientes:

1. El derecho a la formación, art. 9, que incluye la obligación empresarial de *“garantizar a las personas que trabajan a distancia la formación necesaria para el adecuado desarrollo de su actividad tanto al momento de formalizar el acuerdo de trabajo a distancia como cuando se produzcan cambios en los medios o tecnologías utilizadas”*.

2. Los llamados *“Derechos relacionados con el uso de medios digitales”*, entre los que se citan:

Artículo 17. Derecho a la intimidad y a la protección de datos,

Artículo 18. Derecho a la desconexión digital.

3. Igualmente están relacionados con ello los derechos relativos a la dotación y mantenimiento de medios y al abono y compensación de gastos:

Artículo 11. Derecho a la dotación suficiente y mantenimiento de medios, equipos y herramientas.

4. También están afectadas las facultades de organización, dirección y control empresarial en el trabajo a distancia, entre las que se regulan en el citado RDL 28/2020:

Artículo 20. Protección de datos y seguridad de la información.

Artículo 21. Condiciones e instrucciones de uso y conservación de equipos o útiles informáticos.

Artículo 22. Facultades de control empresarial.

Es claro que la Carta no debe reiterar los contenidos ya regulados en la ley específica, pero no debe tampoco ofrecer una enumeración de los derechos laborales en el entorno digital que cuestione la existencia de otros derechos ya reconocidos por acuerdos sociales y plasmados positivamente. Por ello, además de recoger la enumeración más completa posible, debería dejar abierta la posibilidad de mejora de las condiciones de trabajo y de los derechos derivados del entorno digital en virtud de la legislación, convenio, pacto o contrato, que establezcan un mayor nivel de protección a las personas trabajadoras.

XVII

Derechos en el ámbito laboral

1. En el ámbito laboral trabajadores y los empleados públicos tienen derecho a:

- a) La desconexión digital.
- b) La protección de su intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador, así como frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo.
- c) La intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización.

A través de la negociación colectiva se podrán establecer garantías adicionales de los derechos digitales en el ámbito laboral. En todo caso se garantizarán condiciones de trabajo digno en los entornos digitales.

2. Cuando la naturaleza del puesto, ~~y~~ las capacidades de la organización y la voluntariedad de las partes lo permitan, se promoverán condiciones de acceso al teletrabajo. En este caso, la ordenación de la prestación laboral se desarrollará con pleno respeto a la dignidad de la persona trabajadora sin poder sufrir discriminación ni perjuicio en ninguna de sus condiciones laborales y particularmente en su derecho a la intimidad, la esfera privada del domicilio, los derechos de las personas que residen en él y el derecho a la conciliación de la vida personal y familiar. La negociación colectiva se considera un instrumento imprescindible para completar la normativa aplicable en cada uno de los sectores específicos para establecer criterios propios.

3. En los procesos de transformación digital:

- a) Deberá proporcionarse a las personas trabajadoras una formación adecuada que permita su adaptación a las nuevas condiciones laborales;
- b) Se informará y consultará a la representación de los trabajadores sobre los cambios tecnológicos que vayan a producirse en la empresa y se promoverá ~~a participar~~ su participación en la toma de decisiones sobre la transformación digital y las consecuencias laborales que la misma pueda implicar.

4. Sin perjuicio del derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en procesos de decisión automatizada, salvo en los supuestos previstos por la ley, se informará a los representantes de los trabajadores y las personas directamente afectadas sobre el uso de la analítica de datos o sistemas de inteligencia artificial en la gestión, monitorización y procesos de toma de decisión en materia de recursos humanos y relaciones laborales. Este deber de información alcanzará como mínimo al conocimiento de los datos que se utilizan para alimentar los algoritmos, su lógica de funcionamiento y a la evaluación de los resultados.

5. Se realizara una consulta previa a la representación legal de los trabajadores en la adopción de decisiones relativas a la organización del trabajo en la empresa y la introducción de nuevas tecnologías, en todo lo relacionado con las consecuencias que éstas pudieran tener para la seguridad y la salud de los trabajadores, derivadas de la elección de los equipos, la determinación y la adecuación de las condiciones de trabajo y el impacto de los factores ambientales en el trabajo.

El desarrollo de los derechos colectivos digitales se deben garantizar a través de los derechos de información y consulta de la representación legal de las personas trabajadoras.