

Comentarios y propuestas de modificación a la **CARTA DE DERECHOS DIGITALES**

*Consulta pública Subdirección General para la Sociedad Digital.
Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital*

Grupo de trabajo **Área de Privacidad y derechos** **de Odisela**

Observatorio del Impacto Social y Ético de la Inteligencia Artificial
diciembre 2020



Coordinador: Lorenzo Cotino Hueso, Director del Área de Privacidad y otros derechos, Catedrático Derecho Constitucional Universidad de Valencia

Autores-as:

José Antonio Castillo Parrilla, Inv. Juan de la Cierva U. Granada

Lorenzo Cotino, U. Valencia

Gloria González Suárez, Universidad de Oviedo

Estrella Gutiérrez, Profesora de Derecho constitucional Universidad Complutense

Dr. Antonio Merchán, Universidad Pablo de Olavide, Abogado

Francisca Ramón Fernández, Profesora titular de Derecho Civil, Universidad Politécnica de Valencia

Margarita Robles Carrillo, Profesora titular de Derecho internacional Universidad de Granada

CONTENIDO:

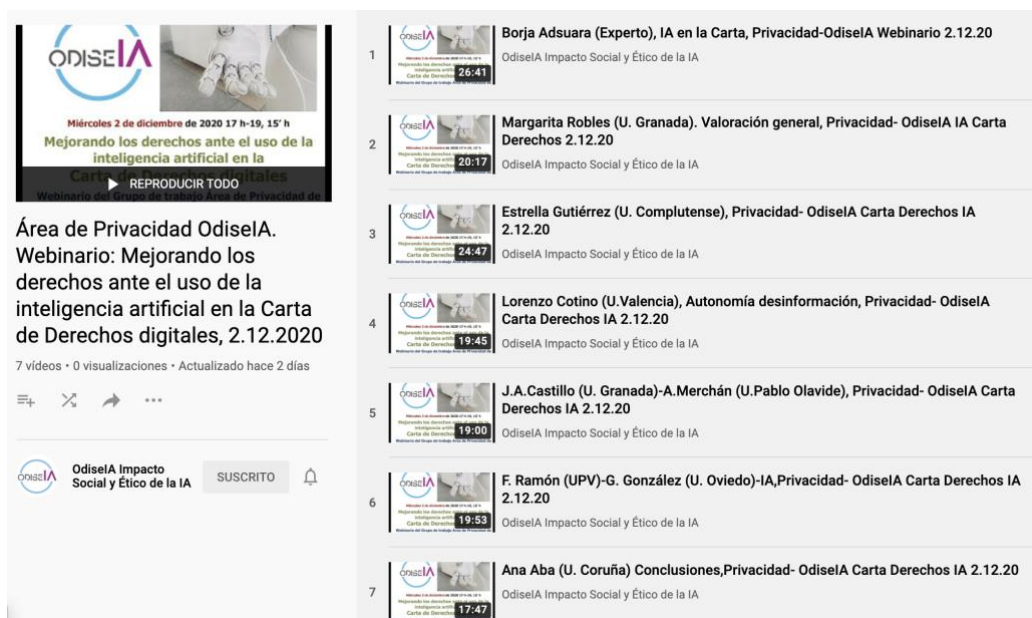
Presentación y contexto	3
Propuesta de cambios Preámbulo	5
Comentarios y propuestas de modificación de artículos	8
<i>I. Derechos y libertades en el entorno digital</i>	8
<i>II. Derecho a la protección de datos</i>	8
<i>III. Derecho a la identidad en el entorno digital</i>	9
<i>IV. Derecho al pseudonimato</i>	9
<i>V. Derecho a no ser localizado y perfilado</i>	9
<i>VII. Derecho a la herencia digital</i>	11
<i>VIII. Derecho a la igualdad y a la no discriminación y garantías en el acceso al entorno digital</i>	12
<i>IX. Protección de menores en el entorno digital</i>	13
<i>X. Protección de personas con discapacidad en el entorno digital</i>	14
<i>XI. Protección de las personas mayores en el entorno digital</i>	14
<i>XII. Derecho a la neutralidad de Internet</i>	15
<i>XIII. Libertad de Expresión y Libertad de Información</i>	15
<i>XXIII. Derecho a la inteligencia artificial y garantías frente a su uso</i>	18
<i>XV. Derecho a la educación digital</i>	21
<i>XVI. Inteligencia artificial Administraciones públicas - Derechos digitales (apartado 7)</i>	22
<i>XVII. Derechos en el ámbito laboral</i>	25
<i>XIX. Derecho de acceso a datos con fines de investigación científica, innovación y desarrollo</i>	25
<i>XXI. Derecho a la protección de la salud en el entorno digital</i>	26
<i>XXII. Libertad de creación y derecho de acceso a la cultura en el entorno digital</i>	27
<i>XXIV. Derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías</i>	28

Presentación y contexto

OdiselA, Observatorio del Impacto Social y Ético de la Inteligencia Artificial es posiblemente la entidad más importante en España dedicada a la materia, contando ya con cerca de un centenar de socios que incluyen expertos, académicos y profesionales afines a la materia. En julio de 2020 participó en la consulta pública inicial con un muy interesante documento de trabajo, por parte de la directiva de OdiselA.

A partir del texto de propuesta de Carta de Derechos Digitales que ha sido sometido [a consulta pública hasta 19 de diciembre de 2020](#) el Área de Privacidad y otros derechos de OdiselA se ha sentido especialmente implicada. Sin entrar ahora en detalles, consideramos que es muy positivo el proceso y, en general, el resultado de la Carta. En cualquier caso, sin la responsabilidad de tratarse de un texto normativo, es bien posible que haya de aspirar a incluir más contenidos regulatorios de máximos. Pese a las innovaciones que incluye, en ocasiones parece que se vaya a los mínimos de lo ya regulado, cuando en general y como es sabido, la situación regulatoria actual es insuficiente.

Es por ello que el miércoles 2 de diciembre de 2020 tuvo lugar el *Seminario Mejorando los derechos ante el uso de la inteligencia artificial en la Carta de Derechos digitales. Deliberación para la consulta pública de la Carta de Derechos Digitales*. Puede accederse al [programa](#) y a los [vídeos](#) del mismo.



Área de Privacidad OdiselA.
Webinario: Mejorando los derechos ante el uso de la inteligencia artificial en la Carta de Derechos digitales, 2.12.2020

7 vídeos · 0 visualizaciones · Actualizado hace 2 días

Nº	Temática	Orador	Fecha	Duración
1	OdiselA Impacto Social y Ético de la IA	Borja Aduara (Experto), IA en la Carta, Privacidad-OdiselA	2.12.20	26:41
2	OdiselA Impacto Social y Ético de la IA	Margarita Robles (U. Granada). Valoración general, Privacidad- OdiselA IA Carta Derechos	2.12.20	20:17
3	OdiselA Impacto Social y Ético de la IA	Estrella Gutiérrez (U. Complutense), Privacidad- OdiselA Carta Derechos IA	2.12.20	24:47
4	OdiselA Impacto Social y Ético de la IA	Lorenzo Cotino (U. Valencia), Autonomía desinformación, Privacidad- OdiselA Carta Derechos IA	2.12.20	19:45
5	OdiselA Impacto Social y Ético de la IA	J.A.Castillo (U. Granada)-A.Merchán (U.Pablo Olavide), Privacidad- OdiselA Carta Derechos IA	2.12.20	19:00
6	OdiselA Impacto Social y Ético de la IA	F. Ramón (UPV)-G. González (U. Oviedo)-IA,Privacidad- OdiselA Carta Derechos IA	2.12.20	19:53
7	OdiselA Impacto Social y Ético de la IA	Ana Aba (U. Coruña) Conclusiones,Privacidad- OdiselA Carta Derechos IA	2.12.20	17:47

Acceso vídeos: https://www.youtube.com/playlist?list=PLHyWDC0DNAP-f_D935qDQMhgHbTK1i9rd

El grupo de trabajo del área se implicó, al punto de la participación en el seminario de una quincena de sus miembros con interesantes aportaciones y contribuciones. En el seminario participaron activamente entre 30 y 40 académicos y especialistas. Se contó además con una ponencia introductoria a

cargo de Borja Adsuara, uno de los expertos que han elaborado la carta y las conclusiones por Ana Aba Catoira (U. A Coruña). Se dividió el contenido de la carta en cinco bloques temáticos, que quedaron a cargo de ocho ponentes que expusieron sus posiciones tras lo cual los asistentes enriquecieron las posiciones a adoptar.

A partir de dicha actividad, siete de dichos ponentes han aportado por escrito valiosas contribuciones. Las mismas han sido homogeneizadas y revisadas por el Director del Área de privacidad, puestas en común y consensuadas.

Consideramos que se trata de un documento de valor, obviamente, para ser tenido en cuenta en el proceso de elaboración de la carta. Pero es más, consideramos que las propuestas incluyen elementos valiosos para la reflexión por parte de especialistas y expertos en la materia en el proceso de debate y reflexión que, en buena medida, es el objetivo de la Carta.

Es por ello que entendemos de interés poner en común y difundir este documento. De hecho, esperamos que en aras de la transparencia y el interés académico de especialistas se difundan conjuntamente las aportaciones que se realicen para la mejora de la Carta de Derechos Digitales.

Leyenda.

Sombreado amarillo: Nueva redacción

Tachado: Texto suprimido

Propuesta de cambios Preámbulo

PREÁMBULO

Párrafo 1: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son el fundamento del orden político y de la paz social. Esa concisa formulación de nuestra Constitución expresa una concepción de la persona y del Estado válida para el momento presente y para el futuro. El intenso progreso de la investigación científica, las invenciones y las tecnologías digitales o basadas en lo digital plantean la necesidad de asegurar que el marco normativo garantiza la protección de los derechos individuales y colectivos de las personas, los valores constitucionales que constituyen el único cimiento posible de la convivencia”.

~~**Párrafo 2:** “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”.~~

Párrafo 3. Añadir al final

En este contexto, se plantea la propuesta de una Carta de Derechos Digitales.

Nueva redacción Párrafo 4. La finalidad de la Carta de Derechos Digitales es ofrecer directrices sobre el ejercicio de los derechos y libertades, la comprensión de los mismos y las necesidades en esta materia en el espacio digital y en el entorno de la TIC. Por su naturaleza, la Carta no es un instrumento normativo destinado a modificar, ampliar o reducir el corpus constitucional y normativo vigente en materia de derechos y libertades.

Modificación Párrafo 6: La Carta cumple una función descriptiva, prospectiva y prescriptiva. Descriptiva de los contextos y escenarios digitales determinantes de conflictos, inesperados a veces, entre los derechos, valores y bienes de siempre, pero que exigen nueva ponderación; esa mera descripción ayuda a visualizar y tomar conciencia del impacto y consecuencias de los entornos y espacios digitales. Prospectiva al anticipar futuros escenarios que pueden ya predecirse. Prescriptiva en el sentido de revalidar, adaptar y fortalecer ~~legítimar~~ los principios, técnicas y políticas que, desde la cultura misma de los

derechos fundamentales, deberían aplicarse en los entornos y espacios digitales presentes y futuros.

Añadir Párrafo 7. “El propósito de la Carta es garantizar una digitalización humanista situando a la persona en el centro del ecosistema digital. Por ello, los objetivos de la Carta son los tres siguientes: en primer lugar, reconocer y plantear los desafíos que genera la adaptación de los derechos y libertades al entorno digital; en segundo lugar, contribuir a los procesos de reflexión que se están produciendo sobre los derechos en el entorno digital a nivel internacional, europeo y nacional, impulsando y liderando esos debates; y, en tercer lugar, sobre la base de anterior, sugerir, proponer y diseñar principios, políticas y un marco de referencia para la acción de los poderes públicos, así como para la actividad de los agentes privados, que permita conjurar los riesgos y aprovechar y desarrollar todas las oportunidades y potencialidades del mundo digital”.

Motivación: El párrafo 2 parece excluir la posibilidad y la necesidad de reformular o de articular nuevos derechos como consecuencia de las TIC. La misma idea se reproduce en el párrafo 4. En ambos casos se está tratando sobre el objetivo de la Carta, pero también sobre su alcance y naturaleza jurídica.

El problema estriba en que esa repetición de ideas en torno a “no descubrir” puede dar la sensación errónea de que no hay, ni debe haber nuevos derechos o reformulación de los existentes. Casos como el de la PDP cuyo desarrollo está vinculado al avance de la informática o la necesidad de plantearse la cuestión de los neuro-derechos aconsejan ser prudente sobre las necesidades futuras, incluso actuales, en materia de derechos. Puede ser que haya que diseñar (descubrir) nuevos derechos. El párrafo 7 del preámbulo hace referencia precisamente a la naturaleza cambiante del entorno digital, a la necesidad de un proceso abierto y a la adecuación del marco jurídico a las nuevas realidades. El párrafo 8 hace referencia a la exigencia de una “nueva ponderación”. Por otra parte, el concepto de derechos instrumentales o auxiliares mencionado en el párrafo 4 tampoco está claro.

Quizás, si lo que se pretende es garantizar que la Carta no pretende alterar el marco constitucional y normativo de derechos en vigor, simplemente se podría aclarar con el párrafo 4 propuesto: La finalidad de la Carta de Derechos Digitales es ofrecer directrices sobre el ejercicio de los derechos y libertades, la comprensión de los mismos y las necesidades en esta materia en el espacio digital y en el entorno de la TIC. Por su naturaleza, la Carta no es un instrumento normativo destinado a modificar, ampliar o reducir el corpus constitucional y normativo vigente en materia de derechos y libertades. Comprensión es una expresión amplia que, jurídicamente, no tiene las connotaciones del término “interpretación”, aunque puedan parecer similares. La interpretación de los derechos está limitada por lo dispuesto en el art. 10.2 de la CE y no podría ser, en sentido estricto, realizada a través de una Carta de esta naturaleza.

Párrafo 6: “Al respecto, es importante destacar que esta Carta está sujeta y se entiende sin perjuicio del ordenamiento jurídico vigente, en particular en materia de derechos, cuyas disposiciones serán de aplicación, incluyendo en particular lo establecido por las leyes anteriormente citadas y las siguientes:

a) 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.

b) Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación.

c) Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico”.

Motivación 1: el término “legitimar” no parece muy apropiado, por su importante significado jurídico, para describir los objetivos o la función de una Carta que no es jurídicamente vinculante. Podría optarse por expresiones como “adaptar”, “fortalecer”, “confirmar”, ...

Motivación 2: Con la fórmula propuesta en el párrafo 4 (La finalidad de la Carta de Derechos Digitales es ofrecer directrices sobre el ejercicio de los derechos y libertades, la comprensión de los mismos y las necesidades en esta materia en el espacio digital y en el entorno de la TIC. Por su naturaleza, la Carta no es un instrumento normativo destinado a modificar, ampliar o reducir el corpus constitucional y normativo vigente en materia de derechos y libertades), el alcance y naturaleza de la Carta estarían más claros y se haría innecesaria la afirmación de que “esta Carta está sujeta y se entiende sin perjuicio del ordenamiento jurídico vigente” (párrafo 6) o “no tiene carácter normativo” (párrafo 9) que puede resultar poco clara para no juristas.

Motivación 3. En este apartado (párrafo 6), no sé si están todas o las principales referencias normativas que, en particular, se habrían de tener en cuenta (LO 1/1982, etc.). Citar expresamente esos tres referentes no solo supone excluir otras normas en vigor que pudiesen ser importantes, sino que excluye la posibilidad de incluir normas adoptadas posteriormente que pudiesen tener igual o mayor relevancia que las citadas. Creo que, si no es imprescindible o fundamental por algún motivo esa mención expresa, sería mejor prescindir de la misma y plantear un enfoque abierto como, de hecho, se propone en el siguiente apartado (el 7).

Párrafo 9: 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. Con ello, también, proponer un marco de referencia para la acción de los poderes públicos de forma que, siendo compartida por todos (en cuanto continuadora de los principios básicos que inspiran nuestra norma suprema), permita navegar en el entorno digital en que nos encontramos aprovechando y desarrollando todas sus potencialidades y oportunidades y conjurando sus riesgos. Y contribuir a los procesos de reflexión

que se están produciendo a nivel europeo y, con ello, liderar un proceso imprescindible a nivel global para garantizar una digitalización humanista, que ponga a las personas en el centro.

Motivación 1: Hay una reiteración sobre la naturaleza de la Carta y una relación y una mezcla de diferentes objetivos que puede resultar confusa. Por ejemplo, “sugerir principios y políticas” podría ser parte o ser lo mismo que “proponer un marco de referencia para la acción de los poderes públicos”

Motivación 2: La propuesta de párrafo 7 puede servir para clarificar los propósitos de la Carta.

Comentarios y propuestas de modificación de artículos

I. Derechos y libertades en el entorno digital

No hay propuesta de modificación.

Con carácter general debe destacarse como algo positivo la voluntad constante en la Carta de destacar la proyección digital de los derechos fundamentales, particularizándolo en cada caso cuando estima oportuno. Destacan en este sentido los apartados 1 y 2 del artículo I, que además suponen una generalización del principio de equivalencia funcional, que hasta el momento resulta únicamente aplicable en el derecho de contratos en los términos previstos en el artículo 23.3 LSSICE.

II. Derecho a la protección de datos

Como contrapunto, y aún en un plano general, resulta de cuestionable utilidad la constante reiteración de contenido normativo ya presente en otros textos vigentes. Es representativo de ello el artículo II referido al derecho a la protección de datos personales, actualmente desarrollada tanto en el RGPD como en la LOPDgdd. Se trata de una reiteración muy resumida de un derecho ampliamente desarrollado en los dos textos citados. Una formulación como la presente en la carta podría tener sentido en una reforma de la carta de derechos fundamentales de la Constitución si (1) tal reforma fuese viable en el corto o medio plazo, y (2) si no se hubiese pronunciado el TC en relación con el derecho a la protección de datos, como sí lo hizo en el año 2000, relacionándolo con el art. 18.4 CE.

III. Derecho a la identidad en el entorno digital

Es muy posible que el derecho a la identidad y al pseudonimato hubieran de regularse conjuntamente en el mismo precepto.

Debe celebrarse la inclusión del derecho a la identidad en el entorno digital, en la medida en que la suplantación de identidad en los medios electrónicos es una conducta no tipificada penalmente, y su sanción fuera del ámbito penal depende de la producción de lesiones circundantes a la propia suplantación, cuya prueba no resulta fácil.

Modificación propuesta; la Convención de Derechos del Niño reconoce este derecho general que ha sido avalado por la jurisprudencia del TEDH respecto de todas las personas sobre la base del art. 8 del CEDH).

Modificar

1. Se reconoce el derecho a la propia identidad en el entorno digital, de acuerdo con el ordenamiento jurídico nacional, europeo **e internacional**.

IV. Derecho al pseudonimato

No queda muy claro el bien jurídico que pretende protegerse garantizando que las personas puedan tener perfiles con pseudónimo o actuar con garantía de pseudónimo en la red. Sería de interés hacer referencia a su conexión con la libertad de expresión o como garantía general de derechos.

De igual modo, y para el caso de mantenerse, habría de ponerse en relación con el seudonimato, como garantía esencial de protección de datos en el RGPD.

Asimismo sería de interés refundir este precepto con el Artículo V no ser localizado y perfilado por cuanto guardan afinidad y protección de bienes comunes.

1. De acuerdo con las posibilidades técnicas disponibles los entornos digitales permitirán el acceso en condiciones de pseudonimidad, **en aras de preservar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en el entorno digital**.
2. El diseño de la pseudonimidad a la que se refiere el párrafo anterior asegurará la posibilidad de reidentificar a las personas en los casos y con las garantías previstos por el ordenamiento jurídico.

V. Derecho a no ser localizado y perfilado

El derecho a no ser localizado y perfilado (artículo V) debe celebrarse por varias razones. En primer lugar, la llamada privacidad de grupo es un bien jurídico a proteger al que aún no se le presta demasiada atención, y este artículo puede contribuir a ello. Si a finales de los años 90 hizo fortuna la expresión

“hombre de cristal”, hoy podríamos decir que hemos entrado en una sociedad de cristal, en la medida en que la capacidad de perfilado a través de análisis masivo de datos permite inferir sensibilidades, desarrollo de enfermedades y un largo etcétera de individuos, simplemente relacionándolos con un perfil. En la medida en que estos perfiles existen y son cada vez más variados es importante garantizar que el individuo no sea “casado” con dichos perfiles como una de las medidas más efectivas para proteger su privacidad. Hasta ahora la única garantía cercana en este sentido es el artículo 22 RGPD, que protege de ser objeto de decisiones automatizadas (entre las que debemos entender incluido el perfilado). Sin embargo, los requisitos para que se entienda que este artículo resulta aplicable a una situación concreta son cumulativos y de fácil elusión (especialmente dos: que se trate de decisiones sin intervención humana, y que tales decisiones afecten de manera significativa), por lo que la inclusión de este derecho es más que oportuna.

Se propone la adición de apartados:

PUNTO 2; el perfilado a partir del consentimiento debe tener límites. En todo caso, no podrá considerarse que el consentimiento es válido, por no ser libre si se trata de un consentimiento desproporcionado. De igual modo, la negación del consentimiento no podrá implicar una merma significativa de los servicios ofrecidos. Cabe tener en cuenta los principios del art. 5 RGPD y especialmente el artículo 7. 4º RGPD.

PUNTO 3: prohibición de perfiles de personalidad, salvo lo que dispongan las normas de ciberseguridad. Estos perfiles pueden ser de gran utilidad para las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, pero no deben poder manejarse fuera de este ámbito, sobre todo tratándose de ciertas características de personalidad (ej, sensibilidad ideológica).

PUNTO 4: permitiría evitar una situación tipo Cambridge Analytica sin necesidad de modificar (otra vez) el artículo 58 bis LOREG. El punto 2 de este artículo establece que los partidos pueden utilizar datos personales obtenidos en fuentes de acceso público para actividades políticas durante el período electoral. La letra de este punto permitiría microtargeting político sin (1) las garantías genéricas del punto 1, anulado por el TC, ni (2) el informe de impacto que se preveía en la propuesta parlamentaria inicial. Con este punto 4 las actividades de los partidos basadas en analítica de big data tendrían como límite justo la situación que pretende evitarse: microtargeting político basado en perfiles de sensibilidad ideológica.

PUNTO 5: reintroduce el informe de impacto con carácter obligatorio (punto 2 de la propuesta original del 58 bis, pero de aplicación general) para todas

aquellas actividades de perfilado que, a pesar de las limitaciones de este artículo V, sigan siendo posibles.

1. El derecho a la libre autodeterminación individual y la garantía de las libertades
comporta el derecho a no ser objeto de localización, ni a ser sometido a análisis de la personalidad o conducta que impliquen el perfilado de la persona.
2. Sólo serán posibles tales tratamientos de información personal con el consentimiento de la persona afectada o en los casos y con las garantías previstos en las leyes. El consentimiento será inválido cuando el perfilado sea desproporcionado y no guarde relación con el servicio que se presta al usuario. La no aceptación del perfilado no podrá implicar una merma de los servicios ofrecidos por el prestador, sin perjuicio del cambio en las contraprestaciones del servicio.
3. Salvo en las excepciones y con las garantías previstas en las normas en materia de ciberseguridad, se prohíben los tratamientos de la información orientados a establecer perfiles de personalidad en entornos digitales.
4. Se consideran ilícitas las prácticas de perfilado susceptibles de manipular o perturbar la voluntad de los ciudadanos y, en particular, el microtargeting político basado en perfilados de sensibilidad ideológica o electoral.
5. Cualquier actividad que implique directa o indirectamente perfilado de la personalidad deberá estar sometida a una previa evaluación de impacto, la cual incluirá elementos específicos frente a posibles comportamientos antidemocráticos, racistas o violentos.

VII. Derecho a la herencia digital

La proyección digital de la herencia debe celebrarse, sin embargo la formulación de este artículo presenta algunas dudas. En primer lugar, falta una coordinación con la LOPDgdd, especialmente con los artículos 3 y 96, que se refieren a esta materia. No queda claro si lo que se reconoce en este artículo es lo que ya está reconocido en dichos artículos o, en caso contrario, qué añade y cómo debe coordinarse el derecho a la herencia digital con los mentados artículos 3 y 96 LOPDgdd. Por otra parte, resulta poco aconsejable la remisión al Código Civil y demás normas concordantes, pues debe darse por sabido y su inclusión esporádica en un artículo concreto podría suscitar dudas de interpretación respecto del texto en su conjunto.

Un aspecto importante sobre la herencia digital al que no se hace mención, ni en el artículo VII ni en los artículos 3 y 96 LOPDgdd es a los criterios para la valoración monetaria del patrimonio digital del fallecido a efectos del cálculo del

caudal relicto. Incluir ciertos criterios a este respecto, amén de la ya advertida coordinación con la LOPDgdd daría un gran valor a este artículo.

De igual modo, sería útil mantener una referencia sucinta al testamento digital y su diferenciación con la herencia digital, de tal manera que se diferencien la gestión postmortem de datos e identidad digital de la inclusión de patrimonio digital en el caudal relicto.

VII

Derecho a la herencia digital

1. Se reconoce el derecho a la herencia digital de todos los bienes y derechos de los que sea titular la persona fallecida en el entorno digital.

2. ~~El acceso a contenidos y servicios digitales de los que fuera titular la persona fallecida se hará conforme a las reglas generales del Código Civil, las leyes de las Comunidades autónomas con derecho civil, foral o especial, propio y el Título X de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.~~

2. Los bienes y derechos de la persona fallecida en el entorno digital integrarán el activo hereditario del mismo modo que cualesquiera otros y conforme a la legislación vigente en materia de sucesión hereditaria sin perjuicio de lo dispuesto sobre tratamiento postmortem de datos de personas fallecidas y testamento digital.

VIII. Derecho a la igualdad y a la no discriminación y garantías en el acceso al entorno digital

Consideramos necesario reconocer, además, el derecho a la accesibilidad de manera que el derecho a la igualdad en el ámbito digital sea más efectivo.

1. “Se reconoce el derecho a la igualdad y accesibilidad en los entornos digitales, la no discriminación y la no exclusión (...)”

2. “(...) asegurando un derecho de acceso universal, de calidad y no discriminatorio a Internet para toda la población”.

El acceso al entorno digital está regulado en este precepto, pero no se enuncia en su título. Al mismo tiempo es preciso introducir garantías frente a las restricciones de acceso. Las mismas podrían incluirse en su caso en el nº XIII *Libertad de Expresión y Libertad de Información*

VIII. Derecho a la igualdad y a la no discriminación y garantías en el acceso al entorno digital

Añadir párrafo . Solo por ley podrán regularse las medidas de restricción, desconexión, cierre, bloqueo, filtro, u otras restricciones de acceso al entorno digital y sus contenidos. Una norma de calidad habrá de determinar qué autoridad podrá adoptar tales medidas, bajo qué presupuestos, así como su concreto alcance y duración. Dichas medidas habrán de contar con la ratificación o autorización previa o inmediata de un órgano de naturaleza judicial o, en su caso, de una autoridad de naturaleza independiente.

Párrafo

Sólo bajo un escrutinio severo podrán adoptarse, medidas de apagón o ruptura del servicio de internet a grandes colectivos o relativas a grandes prestadores de servicios. En todo caso, sólo serán admisibles bajo previsión legal con los requisitos mencionados en el párrafo anterior.

Párrafo

En razón de la seguridad pública, defensa, propiedad intelectual, protección de datos, u otros derechos o bienes constitucionales, a través de una orden judicial o de autoridad independiente se podrá solicitar a los prestadores de servicios el bloqueo del servicio o del acceso a contenidos de internet.

Por ley podrá imponerse a los prestadores la inclusión de sistemas automatizados de detección de contenidos que sean ilegales y se regulará la transparencia al respecto de los mismos y en su caso el aviso de los contenidos que han sido filtrados o bloqueados a los usuarios. La ley habrá de regular los derechos de las personas frente a tales sistemas. En todo caso, los prestadores e intermediarios que utilicen estos sistemas automatizados de detección habrán de informar a los usuarios de la existencia de los mismos y, en su caso, de filtro de contenidos.

IX. Protección de menores en el entorno digital

El artículo relativo a menores está muy completo, reflejando la personalidad sensible, teniendo en cuenta que se puede producir un impacto sobre su personalidad y protegiéndolo. Asimismo, consideramos que la palabra “procurarán” debe ser sustituida por “velarán” en el punto 1, ya que el verbo procurar no lleva implícito un deber, sino una conducta opcional.

Incluir comportamientos xenófobos.

Introducir la identidad de género.

4. Se consideran ilícitas las prácticas de perfilado susceptibles de **controlar**, manipular o perturbar la voluntad **o el libre desarrollo de la personalidad** de los menores y, en particular, la publicidad basada en este tipo de técnicas.

5. “(...) igualdad **e identidad** de género, así como los comportamientos antidemocráticos, racistas y violentos **y xenófobos**”.

X. Protección de personas con discapacidad en el entorno digital

Podría ser conveniente que el artículo reflejara de forma más directa el respeto a la integridad y condiciones especiales de las personas con discapacidad o diversidad funcional. Se debería hacer referencia a discapacidad o diversidad funcional en todos los puntos, manteniendo así un lenguaje inclusivo a lo largo de toda la redacción.

1. “Se garantizará la accesibilidad de los entornos digitales a las personas con discapacidad **o diversidad funcional** (...)”.

3. “Se garantizará el derecho a la educación digital de las personas con discapacidad **o diversidad funcional**”.

XI Protección de las personas mayores en el entorno digital

Establecer el acceso a los entornos digitales de las personas mayores de manera específica podría suponer una forma de discriminación, ya que por el mero hecho de ser personas poseen ese derecho de acceso, **no siendo necesario ese apartado 1.**

Añadir la elección a un acceso analógico complementario al acceso digital opcional. Sería idílico pensar que podemos llegar a romper la brecha digital totalmente, por lo que siempre debería contemplarse esa opción como forma de protección a ese grupo.

En lo referente al perfilado, son especialmente significativos y dignos de celebración los apartados 3 a 5 del artículo IX. Sólo cabe cuestionar su ubicación, pues sería aconsejable trasladarlos al artículo V en aras de que fuesen aplicables con carácter general y como protección específica de algunas de las consecuencias más importantes del perfilado, como son los perfiles de personalidad y su uso para manipulación de voluntades. Especialmente significativo es el último inciso del artículo IX.5 respecto de la necesidad de trasladar estos puntos al artículo V y que resulten aplicables con carácter general: los receptores de manipulación con fines antidemocráticos, racistas o violentos son mayores de edad con capacidad de voto.

XII Derecho a la neutralidad de Internet

Cabe tener más en cuenta la STJUE Gran Sala de 15 de septiembre de 2020

Sentencia en los asuntos acumulados C-807/18 y C-39/19 Telenor Magyarország Zrt./Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke, con relación al principio esencial de la apertura de Internet y con relación al Reglamento 2015/2120, por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una Internet abierta.

A partir de la misma, es posible ir más allá de una mera proclamación que ya está en la LOPD

XII el Derecho a la neutralidad de una Internet abierta

Los poderes públicos garantizarán el derecho de los usuarios a una internet libre y abierta. Ello implica el derecho de los usuarios finales a través de su servicio de acceso a Internet a acceder a las aplicaciones, a los contenidos y a los servicios, así como a utilizarlos, y el derecho a suministrar aplicaciones, contenidos y servicios y utilizar los equipos terminales de su elección.

Los proveedores de servicios de Internet proporcionarán una oferta transparente de servicios sin discriminación por motivos técnicos o económicos y su servicio no podrá implicar una limitación del ejercicio de estos derechos. Sólo cabrán diferencias objetivas entre los requisitos técnicos en materia de calidad de servicio de determinadas categorías específicas de tráfico, pero sin entrar en consideraciones de índole comercial que son contrarias a la neutralidad.

No se admitirán prácticas comerciales que combinen «tarifas cero» y medidas de bloqueo o de ralentización que puedan dificultar técnicamente o imposibilitar el acceso o el tráfico asociado a cualquier aplicación o servicio diferentes de los servicios sujetos a dicha tarifa cero.

Las autoridades nacionales de reglamentación exigirán y evaluarán este derecho que quedará bajo el control último de los órganos jurisdiccionales nacionales competentes.

XIII. Libertad de Expresión y Libertad de Información

Debe celebrarse la proyección digital de los derechos de libertad de información y libertad de expresión. El acceso a internet ha sido regulado en otro precepto relativo a la igualdad. En el mismo se han propuesto adiciones relativas a las garantías al derecho de acceso a internet. Las mismas bien podrían quedar aquí reguladas.

Como en el resto del texto, cabe cuestionar la mención esporádica a normas vigentes y de obligado cumplimiento (en este caso la Constitución).

Respecto de este derecho, particularmente útil la ampliación de la legitimación pasiva en el derecho de rectificación a usuarios “prosumidores” cuando produzcan contenido no contrastado o falso. Suscita dudas saber cómo puede garantizarse (1) un canal y (2) un control efectivo del derecho de los ciudadanos a que no se les ofrezca información personalizada basada en su navegación (art. XIII.2.c). En cualquier caso, este punto debe conectarse con el artículo V antes comentado. Por último, el apartado e) del art. XIII.2 resulta reiterativo en la medida en que el conocido como “derecho al olvido” (art. 17 RGPD) recoge una mayor variedad de supuestos que permiten al interesado solicitar supresión o rectificación de los datos, entre los cuales están incluidas las situaciones a que hace referencia dicho apartado e).

Sin perjuicio de lo anterior, se proponen adiciones necesarias ante la indefinición constitucional y legal actual respecto de la necesidad de intervención judicial, así como hay que tener en cuenta la jurisprudencia y regulación europea respecto de los mandatos judiciales de bloqueo o restricción de contenidos.

Resulta también imprescindible asentar un marco general de la autorregulación regulada y las imposiciones posibles a las plataformas. De igual modo, la ley debe establecer garantías respecto de las acciones de las plataformas que impliquen control de contenidos o promoción de los mismos, así como el uso de algoritmos.

Debe exigirse igualmente a las plataformas la difusión y conocimiento efectivo de sus políticas respecto de los contenidos así como de los concretos criterios de aplicación de los mismos y a través de qué mecanismos.

Deben incluirse garantías específicas respecto de promoción de mensajes políticos por entidades de esta naturaleza, especialmente en periodo electoral

1. Todos tienen derecho a las libertades de expresión e información en entornos digitales ~~en los términos previstos por la Constitución~~. Se garantizarán los principios constitucionales relativos a la veracidad, el pluralismo informativo y la diversidad de opiniones e informaciones.

Sólo autoridades judiciales o, en su caso autoridades independientes, podrán evaluar el cumplimiento de estos principios en los contenidos difundidos por medios o plataformas digitales. Las acciones preventivas que adopten los poderes públicos para el cumplimiento de estos principios y, especialmente, en la lucha contra la desinformación habrán de ser públicas para garantizar la posibilidad de la tutela efectiva y el control jurisdiccional.

2. ~~Los responsables de medios de comunicación, así como los de los entornos digitales que o bien tengan por objeto el ejercicio de libertades del párrafo anterior por sus titulares o bien provean tal servicio a sus usuarios, adoptarán protocolos adecuados para garantizar los derechos de todas las personas a:~~

Sólo por ley podrán imponerse a los medios o plataformas e intermediarios obligaciones y la adopción de protocolos para el cumplimiento de los principios así como de los derechos reconocidos en este párrafo.

Los protocolos que se adopten ya sea por obligación legal o por decisión de la propia plataforma habrán de ser publicados y conocidos por los usuarios. Asimismo habrá de facilitarse información sobre los criterios de aplicación de los mismos, así como de los órganos internos o externos que los aplican.

Los usuarios habrán de ser informados efectivamente de la adopción de medidas concretas.

Sin perjuicio de los mecanismos de garantía ante los propios medios y plataformas, habrán de garantizarse recursos judiciales efectivos para la impugnación de las medidas que se adopten.

Habrà de garantizarse los siguientes derechos:

a) Conocer cuándo la información sea elaborada sin intervención humana mediante procesos automatizados.

b) A conocer cuándo una información ha sido clasificada o priorizada por el proveedor mediante técnicas de perfilado o equivalentes. Cuando esta información sea patrocinada por un tercero deberá informarse de modo específico sobre la naturaleza publicitaria de la misma.

Especialmente habrá de indicarse cuándo los contratantes de tales servicios son partidos políticos, agrupaciones electorales o entidades afines a los mismos.

c) A solicitar del prestador la no aplicación de técnicas de análisis que permitan ofrecer información que afecte a las libertades ideológica, religiosa, de pensamiento o creencias.

El ejercicio de este derecho no podrá implicar una merma de los servicios ofrecidos por el prestador, sin perjuicio del cambio en las contraprestaciones del servicio.

d) A posibilitar el ejercicio del derecho rectificación ya sea frente a medios de comunicación, ya sea ante aquellos usuarios que difundan contenidos que atenten contra el derecho al honor, la intimidad personal y familiar en Internet y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz, ~~atendiendo a los requisitos y procedimientos previstos en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación.~~

La inacción por parte del responsable del contenido a rectificar permitirá la retirada del contenido por el medio o plataforma en el que se inserte.

El ejercicio de este derecho no estará sujeto a un plazo desde que la información o contenido haya sido incluido. Asimismo este derecho podrá ejercerse de modo combinado con los derechos de rectificación, supresión, oposición o derecho al olvido por la persona o personas afectadas. En estos casos, podrá acudir a la autoridad de protección de datos competente, sin perjuicio del acceso a la justicia.

Cuando los medios de comunicación digitales deban atender la solicitud de rectificación formulada contra ellos deberán proceder a la publicación en sus archivos digitales de un aviso aclaratorio que ponga de manifiesto que la noticia original no refleja la situación actual del individuo. Dicho aviso deberá aparecer en lugar visible junto con la información original.

e) A solicitar motivadamente de los medios de comunicación digitales la inclusión de un aviso de actualización suficientemente visible junto a las noticias que le conciernen cuando la información contenida en la noticia original no refleje su situación actual como consecuencia de circunstancias que hubieran tenido lugar después de la publicación, causándole un perjuicio.

En particular, procederá la inclusión de dicho aviso cuando las informaciones originales se refieran a actuaciones policiales o judiciales que se hayan visto afectadas en beneficio del interesado como consecuencia de decisiones judiciales posteriores. En este caso, el aviso hará referencia a la decisión posterior.

3. Los procesos de verificación y retirada de contenidos se limitarán a aquellos que en entornos digitales se encuentran limitados por la prohibición de censura previa. **El bloqueo o restricción de acceso a contenidos que aún no han sido difundidos requerirá de autorización judicial previa.** En los supuestos en los que la ley ampare la retirada de un contenido, los prestadores deberán notificarla al usuario y disponer de un procedimiento de reclamación de estas decisiones. Se impulsarán mecanismos de autorregulación transparentes que contemplen los criterios y los procedimientos que determinan en este ámbito la actuación de los prestadores e incorporen procedimientos de reclamación y revisión de las decisiones de retirada de contenidos.

XXIII . Derecho a la inteligencia artificial y garantías frente a su uso

La inteligencia artificial y las tecnologías conexas pueden implicar una gran mejora para la humanidad y el ejercicio de los derechos, así como para los bienes públicos y el sistema democrático. Ello debe ser el punto de partida de su tratamiento jurídico, a partir del cual, sin duda, deben darse toda una serie de prevenciones y garantías.

Todas estas adiciones/modificaciones están basadas en las Recomendaciones del GT29 sobre decisiones automatizadas, el contenido del derecho a una explicación que ha elaborado el Information Commissioner's Office, y las escasas recomendaciones de nuestra AEPD sobre explicabilidad de los modelos de aprendizaje automatizado.

También se ha tenido en cuenta el marco del RGPD (Considerandos 60, 71, arts. 13.2.f, 14.2.g), 15.1h) y 22 RGPD).

Igualmente se ha pretendido tomar en cuenta los diversos niveles de intervención humana propuestos por el Libro Blanco de la Comisión. Y en tal sentido se justifican el XXXIII.1.d) nuevo y las modificaciones del XXXIII.2. Creemos que la intervención humana debe garantizarse de alguna forma y no sólo en el supuesto previsto en el art. 22.3, apartados a) y c), precisamente para evitar lo que el Information Commissioner Office denomina "complacencia del usuario del sistema en los resultados generados por el algoritmo sin entrar a evaluar la adecuación y validez de los mismos".

Respecto al derecho a una explicación, el GT29 en su Guía sobre decisiones automatizadas y elaboración de perfiles, indica claramente que este derecho a una explicación es recomendable garantizarlo, no sólo cuando se dan las condiciones del art. 22 RGPD, sino también cuando la decisión automatizada o la elaboración de perfiles no cumple con los requisitos del art. 22 RGPD, por ejemplo, cuando la decisión individual no es totalmente automatizada.

Por cuanto a la auditabilidad, cabe tener en cuenta que sectores como el de la detección del fraude por ejemplo deberían ser sectores donde el uso de técnicas avanzadas de computación han de promocionarse a pesar de que no sean interpretables. Para compensar ese déficit de explicabilidad o interpretabilidad, lo ideal es compensar con medidas como la auditoría que aseguren que el sistema actúa adecuadamente, auditorías que además deberían ser frecuentes. Si una Administración Pública o empresa privada decide utilizar un algoritmo poco interpretable, que compense ese déficit de información con otras medidas compensatorias.

En cuanto a la evaluación de impacto de los sistemas de IA, el GT29 también ha dejado claro que se aplicarían a los sistemas total o parcialmente automatizados con efectos jurídicos o efectos significativos similares. En este punto se sigue dicha recomendación, además, de la APDCAT que respecto de las EIPDs de las entidades públicas establecía la posibilidad de publicar un resumen ejecutivo de la EIPD realizada. Consideramos que la publicidad de estos resúmenes ejecutivos puede ser una medida de transparencia y de responsabilidad proactiva para aquellas organizaciones que implementen estos sistemas. En cualquier caso, esta publicidad de los resúmenes ejecutivos de la EIPD se establece como mecanismo voluntario a adoptar por la organización, aunque creemos que en el caso de las entidades públicas debería ser obligatoria.

Por cuanto al apartado 4º sobre manipulación se considera adecuado utilizar también la terminología del artículo 515. 4º C. Penal, de "emplear medios o técnicas de alteración o control de la personalidad."

Respecto de la patentabilidad de los algoritmos se considera que no son descubrimientos, sino invenciones, e invenciones con utilidad y aplicación industrial; y es una forma económicamente rentable de impulsar su

transparencia. Dado que las normas en materia de propiedad intelectual e industrial las marca la OMPI/WIPO, la verdadera utilidad práctica está en este punto, en que el Estado se comprometa a abrir este debate y cambiar las normas internacionales que condicionan nuestras normas nacionales en esta materia.

XXIII. Derecho a la Inteligencia artificial y garantías frente a su uso

1. La inteligencia artificial y tecnologías conexas pueden suponer una mejora sustantiva para la humanidad, para el ejercicio de los derechos y para la mejora de los sistemas democráticos. Se velará para garantizar un acceso equitativo a las ventajas que aportan estos sistemas.

En el desarrollo y ciclo de vida de los sistemas de Inteligencia Artificial se adoptarán medidas técnicas y organizativas que se aplicarán indistintamente a los sistemas total o parcialmente automatizados, en particular:

a) Se deberá garantizar el derecho a la no discriminación algorítmica, cualquiera que fuera su origen, causa o naturaleza del sesgo, en relación con las decisiones y procesos basados en algoritmos, tanto sobre la base de categorías especiales de datos personales como de otra clase.

b) Se asegurarán la transparencia, explicabilidad y trazabilidad de los datos utilizados, del modelo o modelos algorítmicos implementados y de las decisiones adoptadas. Los sistemas habrán de ser auditados, en su caso por la autoridad de control.

(i) Garantizar la calidad de los datos de entrenamiento y validación del modelo o modelos algorítmicos, así como de los datos personales utilizados para producir una decisión automatizada.

(ii) Garantizar que los modelos algorítmicos de baja interpretabilidad y explicabilidad sólo se implementen cuando sea estrictamente necesario para la finalidad o finalidades del tratamiento. En tales casos, deberá asegurarse la aplicación de herramientas suplementarias de explicabilidad del modelo o modelos seleccionados.

(iii) Elaborar y documentar las correspondientes evaluaciones de impacto antes de implementar sistemas de Inteligencia Artificial y establecer evaluaciones periódicas a lo largo del ciclo de vida del sistema. Como garantía de transparencia, se dará publicidad de un resumen ejecutivo de estas evaluaciones de impacto.

c) Deberán garantizarse la accesibilidad, usabilidad y fiabilidad del sistema algorítmico de modo que los interesados puedan entender las categorías de datos utilizadas, la lógica aplicada por el sistema y los criterios utilizados para llegar a una decisión. En la medida de lo posible se habilitarán herramientas de visualización interactiva.

d) Deberán adoptarse medidas técnicas y organizativas adecuadas para evaluar la adecuación y validez de los resultados producidos por el sistema en cada una de las fases del proceso de toma de decisiones automatizadas.

2. Las personas tienen derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en procesos de decisión automatizada total o parcialmente, incluidas

aquéllas que empleen procedimientos de inteligencia artificial, que produzcan efectos jurídicos o les afecten significativamente de modo similar, salvo en los supuestos previstos en las leyes. En tales casos se reconocen los derechos a:

a) Solicitar una supervisión e intervención humana.

b) Recibir una explicación comprensible que incluya, al menos, la identificación del modelo o modelos de Inteligencia Artificial empleado, en su caso, la fase en la que se utiliza en la toma de decisiones, las categorías de datos de entrenamiento y validación del sistema utilizadas, su pertinencia e importancia relativa en la toma de decisiones, sus plazos de conservación, su fuente de procedencia, los valores de precisión o error para medir las inferencias realizadas, si existe o no una verificación humana sobre la validez de los resultados, así como la referencia a la última auditoría y certificación realizada sobre el sistema.

c) Impugnar las decisiones automatizadas o algorítmicas, con indicación del procedimiento, con indicación de un punto de contacto designado para cualquier consulta.

3. Se deberá informar a las personas sobre el uso de sistemas de Inteligencia Artificial que se comuniquen con seres humanos utilizando el lenguaje natural en todas sus formas. Deberá garantizarse en todo caso la asistencia por un ser humano a solicitud de la persona interesada.

4. Se prohíbe el uso de sistemas de Inteligencia Artificial dirigidos a alterar, manipular, controlar o perturbar la voluntad o personalidad, en cualesquiera aspectos que afecten a los derechos fundamentales.

Possible adición

x. Los algoritmos, en cuanto tales, son invenciones susceptibles de aplicación industrial / invenciones industrialmente aplicables, por lo que podrán quedar sujetos al régimen de patentes / modelos de utilidad. Ello habría de contribuir al fomento de su transparencia sin implicar un desincentivo a las personas, empresas e instituciones que los desarrollan.

XV. Derecho a la educación digital

Es un artículo muy completo, en el que se especifica no solo la adquisición de habilidades digitales por el alumnado, sino también la adquisición de competencias digitales y formación necesaria por parte del profesorado. Además, se observa en el punto 3.c el intento de esa rotura de la brecha digital en cuanto que se menciona expresamente la particular atención a los mayores.

El punto 4 refleja una realidad que estamos viviendo con la actual situación, y es que el acceso a la educación a través de entornos digitales está a la orden del día. Quizás se podría incidir más en ello, puesto que, tal y como se ha gestionado con motivo de la crisis sanitaria ha habido una inseguridad jurídica manifiesta en este aspecto y, sobre todo, en cómo proceder. Ha habido

diferencias no solo entre distintos territorios sino entre diferentes centros y niveles educativos haciendo que las garantías de acceso a la educación digital no fuesen las mismas para todos. Además, debe trabajarse en las formas de acceso digital para quien lo precise, ya que no todo el mundo tiene el mismo nivel adquisitivo y, por lo tanto, la misma facilidad de acceso. Por ello es de gran importancia el impulso para la ciudadanía digital que contempla el punto 5 como parte esencial de la estrategia de digitalización de la educación. En ese aspecto lo único que añadiríamos a las cuestiones que a continuación se exponen es la diversidad de género, que no está contemplada.

5.b) “Fortalecer el desarrollo del pensamiento crítico que les ayude a distinguir hechos objetivos de meras opiniones sin evidencias, que les permitan rechazar estereotipos discriminadores, los discursos de odio o el ciber acoso, así como el respeto a la diversidad de género”.

XVI. Inteligencia artificial Administraciones públicas - Derechos digitales (apartado 7)

Como punto de partida, el grupo de trabajo del área de privacidad de OdiselA se remite a las contribuciones que se han realizado desde la Red DAIA (derecho administrativo de la inteligencia artificial, con las que se ha colaborado).

¹

Sin perjuicio de ello, a partir de las propuestas de una de los miembros del grupo de trabajo se formulan las siguientes propuestas concretas.

Justificación:

Comentarios a la expresión “debidas garantías” apartado 7 B):

¿Cuáles son esas garantías debidas? No hay identificación expresa de las mismas. Deberían identificarse cuáles son esas garantías de acuerdo con la Ley 39/2015, o en su caso, determinar si deben existir garantías adicionales no contempladas en la actual legislación de procedimiento.

Como mínimo el interesado tiene derecho a conocer de forma explícita desde el inicio del procedimiento o de la actuación material que la decisión será objeto de automatización total o parcial y, en su caso, en qué fase o fases del procedimiento se aplica dicha automatización. Esa información permitiría individualizar el posible “vicio del acto” o de un “elemento concreto del acto” de cara a su impugnación.

Asimismo, con relación a los derechos del interesado en el procedimiento administrativo previsto en el art. 53.1.a) Ley 39/2015, o a la puesta de manifiesto del expediente en el trámite de audiencia ¿cómo se materializaría dada la concepción restrictiva actual del expediente administrativo (art. 70.4 Ley

¹ Disponibles los vídeos Webinario 1.12.20 Carta de Derechos digitales y sector público: propuestas de mejora <https://bit.ly/2VOUjbl>

39/2015), al no formar parte del expediente la información contenida en «aplicaciones, bases de datos o informes internos» (supongamos que esos informes se han generado de forma automatizada por un algoritmo).

Asimismo, debería resolverse la cuestión del acceso al Código fuente, sin perjuicio de la debida ponderación con los eventuales límites aplicables (e.g. seguridad pública lógica, derechos de propiedad intelectual o industrial, intereses económicos y comerciales).

Comentarios a la adición letra c) sobre motivación

Debería concretarse el contenido mínimo y básico de esa motivación. Con relación a las decisiones automatizadas total o parcialmente que implementan algoritmos de IA, ¿son suficientes las previsiones de art. 35.1 Ley 39/2015, «sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho»? Una mera referencia a las normas jurídicas relevantes y los criterios de aplicación de estas normas no es suficiente para explicar ni el modelo utilizado ni sus resultados. Se trata de evitar así que la decisión resultante del sistema sea un falso positivo o un falso negativo.

Esta información posibilita al interesado que ha sido objeto de una decisión automatizada o semiautomatizada, realizar alegaciones en vía de recurso, ejercer eficazmente su derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva. También posibilita, ya en vía contenciosa, la justiciabilidad del acto.

La doctrina francesa e italiana sostienen que la incapacidad para entender cómo funciona el algoritmo es claramente un vicio que puede en sí mismo afectar la legalidad del procedimiento.

Comentarios primera adición letra d):

La adición se justifica en el art. 22.2.b) RGPD y por las consideraciones realizadas en la STC. 76/2019, de 22 de mayo, FJ. 6, especialmente, si el interesado en el procedimiento tiene condición de persona física. Resulta relevante, además, y dado el estado de la ciencia actual, limitar en la medida de lo posible el uso por parte de la Administración de modelos algorítmicos de caja negra que se caracterizan por su baja interpretabilidad. La realidad es que esta clase de modelos están siendo implementados ya por la Administración y el sector público como acredita el análisis de pliegos técnicos de contratos que han sido y que están siendo objeto de licitación.

Asimismo, se considera que el art. 41.2 Ley 40/2015 resulta insuficiente para dar cobertura legal a la actividad administrativa automatizada mediante algoritmos de IA. Por ello, y para dar cumplimiento debido a los principios de seguridad jurídica y legalidad administrativa, incluso al art. 1.2 Ley 39/2015, la reserva de ley quizás debería dar cobertura tanto a las decisiones regladas como las discrecionales. Piénsese que incluso en el caso de las decisiones regladas la traducción de la norma jurídica (e.g. norma que contiene un concepto jurídico

indeterminado, remisiones legales o preceptos en blanco) en lenguaje de programación puede ocasionar efectos *contra legem*.

Comentarios segunda adición letra d):

La propuesta de sustituir los derechos digitales por la expresión general «derechos y libertades» obedece a que, las decisiones algorítmicas pueden tener impacto en el ejercicio de derechos en el mundo analógico y no sólo en el digital (e.g. falso positivo de una cámara de videovigilancia ubicada en lugares públicos que implementa técnicas de reconocimiento facial basadas en un algoritmo de máquina de soporte vectorial o una red neuronal, y que tiene como consecuencia la detención policial de un ciudadano como el caso Robert Williams en Detroit).

En cuanto al contenido de la Evaluación de impacto debería establecerse un contenido mínimo de dicha evaluación. Desde luego, estas evaluaciones de impacto deberían ser obligatorias para todas las licitaciones de soluciones que implementen algoritmos de IA.

Asimismo, la evaluación de Impacto individual y colectivo del sistema algorítmico, debería ser objeto de PUBLICIDAD ACTIVA, al menos, un resumen ejecutivo, donde se identifiquen los tipos de algoritmos implementados, las categorías de datos de entrenamiento del modelo utilizadas, los impactos individuales y sociales previstos por el sistema algorítmico implementado, las medidas implementadas por el sistema para evitar o mitigar los efectos adversos en derechos y libertades.

Justificación de esta publicidad activa: Recomendaciones de la APDCAT de publicar la EIPD relativas a los tratamientos que son responsabilidad de las Administraciones públicas, pues “resulta de especial relevancia cuando el interés del tratamiento puede llegar a suponer un cierto impacto social o puede generar un estado de opinión en las personas los datos de las cuales pueden llegar a ser objeto de tratamiento” (Guía EIPD-APDCAT 2017).

XVI. (apartado 7)

*«Los derechos de la ciudadanía en relación con la Inteligencia Artificial reconocidos en esta Carta resultarán también de aplicación en el marco de la actuación administrativa, **formalizada o no**, en particular en los aspectos referidos al diseño y al uso de algoritmos».*

a) Que las decisiones y actividades en el entorno digital respeten los principios de buen gobierno y el derecho a una buena Administración digital.

b) Un procedimiento de toma de decisiones con las debidas garantías.

*c) Obtener una **motivación comprensible** en lenguaje natural de las decisiones que se adopten en el entorno digital, con justificación de las normas jurídicas relevantes al caso y de los criterios de aplicación de las mismas. **En***

particular, la motivación contendrá una referencia sucinta al modelo o modelos algorítmicos concretos implementado, a la tipología de datos de entrenamiento y datos de validación empleados, a las variables y parámetros aplicados por el modelo, al porcentaje de aciertos y errores resultantes de la validación del modelo o modelos empleados y a las herramientas complementarias de explicación del modelo si éste se caracteriza por su baja interpretabilidad, y en su caso, a la fase o fases del procedimiento o actividad material concreta en que dicho modelo o modelos han sido aplicados.

d) Que la adopción de decisiones discrecionales quede reservada a personas, salvo que una norma con rango de ley permita la adopción de decisiones automatizadas en este ámbito, que deberá establecer medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, particularmente, con relación a modelos algorítmicos de baja interpretabilidad.

Será necesaria una evaluación de impacto individual y social en los derechos digitales y libertades en el diseño de los algoritmos en el caso de adopción de decisiones automatizadas o semiautomatizadas. En todo caso, serán objeto de aprobación previa y de los sistemas algorítmicos que se vayan a usar para la toma de decisiones, con determinación de su ámbito concreto de aplicación y estructura de funcionamiento. Dicha evaluación de impacto será objeto de publicidad de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

XVII. Derechos en el ámbito laboral

El contenido de este artículo plantea como principal inquietud su presencia en normas actualmente vigentes, principalmente la LOPDgdd (arts. 87 a 90) y el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.

El apartado 4 del artículo XVII es una precisión del derecho a no ser perfilado cuya inclusión está plenamente justificada.

XIX. Derecho de acceso a datos con fines de investigación científica, innovación y desarrollo

También en relación con estos dos textos normativos, sería aconsejable suprimir la mención que a los mismos se realiza en el artículo XIX: tanto el RGPD como la LOPD son de obligado cumplimiento, por lo que incluir esta especificación únicamente en este artículo (cuando, además, no es necesario) podría llevar a confusión en la interpretación del texto en su conjunto.

Debe celebrarse la mención de la utilización de datos tanto en el sector público como privado como bien de interés general (art. XIX.1), en línea con los planteamientos de la Estrategia Europea de Datos de 2020.

Resultan reiterativas, no obstante, ciertas precisiones respecto a la utilización de datos con fines de investigación científica que ya están presentes en la LOPDgdd (centrada en investigación en salud y biomédica) y el RGPD (en múltiples artículos y considerandos, y siendo el artículo 89 la referencia en cuanto a garantías).

Debe celebrarse el apartado c del punto 2 sobre la promoción de programas de donantes de datos para fines de investigación, en línea con la postura defendida por investigadores de la Universidad de Oxford en materia de donación post mortem de datos médicos. Este apartado c amplía el ámbito de aplicación de la propuesta de Oxford y facilita y agiliza la utilización de datos en esta materia.

Finalmente, la inclusión de los tres últimos párrafos es cuestionable. La referencia al RGPD y la LOPDgdd resulta innecesaria y puede ser confusa en la medida en que otros artículos también conectan con estas normas sin hacer una referencia expresa del mismo estilo. En cuanto a los apartados 4 y 5 del artículo XIX su contenido se encuentra desarrollado a nivel nacional tanto en la LOPDgdd como en otras leyes aplicables en materia de investigación biomédica.

XXI. Derecho a la protección de la salud en el entorno digital

Además de los cambios propuestos, se pierde oportunidad de sentar bases de reutilización de datos con fines de investigación en relación con el big data de acuerdo con el Reglamento (UE) 2016/679 y la Ley Orgánica 3/2018, así como la directiva de Open Data y siempre de manera segura y respetuosa con los Derechos Fundamentales. Todo esto podría generar grandes avances respecto a la medicina predictiva y preventiva (de la que se habla en el punto 2) en relación con los sujetos, así como reducción de costes.

No se menciona el carácter sensible de los datos relacionados con la salud ni en el artículo relativo a la protección de datos ni en este.

Sería interesante incluir el fin de diagnóstico, incluso de vigilancia epidemiológica ante situaciones de crisis sanitaria.

Se proponen algunos cambios de mejora de la redacción actual.

Nueva redacción propuesta

1. "Se reconoce el derecho de todas las personas al acceso a los servicios digitales de salud en condiciones de igualdad, accesibilidad y universalidad. Se establecerán las garantías para el acceso y las medidas para evitar la exclusión de colectivos en riesgo, así como la posibilidad de acceso de forma analógica en el caso de que sea necesario".

4. “El empleo de sistemas digitales de asistencia al diagnóstico, y en particular de procesos basados en inteligencia artificial no limitará el derecho a la libertad diagnóstica del personal facultativo. Así mismo se reconoce el derecho a la elección de diagnóstico mediante medios humanos o inteligencia artificial.

Se deberá aplicar el principio de transparencia de los algoritmos utilizados con esta finalidad.”

5. “Los entornos digitales de salud garantizarán el pleno respeto de los derechos fundamentales del paciente y en particular su derecho a ser o no ser informado y prestar consentimiento en el tratamiento de sus datos personales con fines de investigación y en la cesión a terceros de tales datos cuando tal consentimiento sea requerido”.

6. “Los poderes públicos impulsarán el acceso universal de la población a los dispositivos tecnológicos desarrollados con fines terapéuticos o asistenciales. Los colectivos especialmente vulnerables serán objeto de especial protección en el caso de la utilización de herramientas de diagnósticos de enfermedades, especialmente de carácter genético”.

XXII. Libertad de creación y derecho de acceso a la cultura en el entorno digital

Se proponen algunas mejoras.

1º No especifica los sistemas de formación, ni el nivel de educación al que está dirigido.

2º Necesidad de establecer con mayor precisión los derechos de propiedad intelectual, tanto derechos morales como de explotación, y perfilar los derechos derivados a qué sujetos se refiere. Se podría utilizar la denominación derechos conexos.

3. Quedaría más claro hacer referencia a espacios públicas o privados en vez de titularidad o de terceros.

1. “Se considera creación toda actividad original protegida por la propiedad intelectual. Se reconoce el derecho a la libertad de creación en el entorno digital, promoviendo programas de formación en el ámbito de la educación y estableciendo garantías para el derecho a la remuneración del creador de la obra”.

2. “Se garantizará el acceso a la cultura en el entorno digital, en los términos de los artículos 44.1 y 149.2 de la Constitución Española, así como de la Convención de la UNESCO sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, de 20 de octubre de 2005. En todo caso se tendrán en cuenta las normas sobre propiedad intelectual y los derechos derivados”.

Añadir

En todo caso se tendrán en cuenta el respeto a la identidad cultural de los pueblos o de los grupos culturales representativos, las normas sobre propiedad intelectual y los derechos conexos”.

3. “En particular, los poderes públicos facilitarán el acceso digital a las diversas manifestaciones artísticas y culturales en espacios **públicos o privados** de su titularidad o de terceros con quienes colaboren de forma directa o indirecta. En particular, se promoverá el acceso digital a obras de dominio público”.

XXIV. Derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías

Se considera muy positiva la regulación.

e. Asegurar que las decisiones y procesos basados en neurotecnologías **no sean condicionadas por el suministro de datos, programas o informaciones incompletos**, no deseados, desconocidos o sesgados, o por intromisión en conexiones neuronales.