

APROXIMACIÓN A LOS NUEVOS DERECHOS Y GARANTÍAS DIGITALES RECONOCIDOS EN LA LOPDGDD 3/2018

Carolina López Medina
Universidad de Jaén

Sumario:

1. INTRODUCCIÓN. 2. NUEVOS DERECHOS Y GARANTÍAS DIGITALES EN LA LOPDGDD 3/18. 2.1. Derechos en el entorno digital. 2.2. Especial protección de los menores en internet. 2.3. Derechos digitales en ámbito laboral. 3. SIGNIFICACIÓN JURÍDICA DEL RECONOCIMIENTO DE LOS NUEVOS DERECHOS DIGITALES. CONCLUSIONES.

141

RESUMEN

Este artículo tiene por objeto abordar una aproximación a los nuevos derechos y garantías digitales (seguridad digital, rectificación en internet, desconexión digital en ámbito laboral, testamento digital) consagrados en el Título X de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Desde su entrada en vigor se pone de relieve la relevancia jurídica de su reconocimiento y algunas problemáticas derivadas de su implementación.

Palabras clave:

Protección de datos. Derechos digitales. Garantías digitales. Responsabilidad proactiva. Concienciación.

ABSTRACT

APPROACH TO THE NEW DIGITAL RIGHTS AND GUARANTEES RECOGNIZED IN LOPDGDD 3/2018

In this contribution we try to examine the new digital rights and guarantees (digital security, rectification on the internet, digital disconnection in the workplace, digital testament) recognized in the Title X of the Organic Law 3/2018, de 5 de diciembre, Data Protection and guarantee of digital rights. Until its entry into force, the legal relevance of this recognition and the main problems derived from its implementation are consider.

Key words:

Data protection. Digital rights. Digital guarantees. Accountability. Awareness.

1. INTRODUCCIÓN.

Durante los últimos años se ha producido una auténtica revolución en torno a la protección y libre circulación de todo tipo de datos relativos a la persona física, especialmente aquellos de carácter personal¹ y a nivel europeo. Ello ha sido en gran parte consecuencia del avance tecnológico y de la generalizada utilización de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC en adelante), internet, las redes sociales y servicios equivalentes (ss.ee. en adelante) en todos los ámbitos. Originariamente las herramientas digitales fueron creadas con fines tan positivos como lícitos, entre los que destacan construir un mundo conectado, facilitar múltiples tareas de la vida cotidiana o las relaciones interpersonales. Sin embargo, con el tiempo se ha puesto de manifiesto que en realidad los medios digitales tienen una doble faz, atendiendo a la forma y finalidad para los que son utilizados.

En línea con lo anterior, un uso indebido, ilícito, desproporcionado o al margen de la ética de los datos personales albergados en ficheros o en los propios medios digitales es susceptible de producir graves lesiones de derechos fundamentales y libertades públicas, así como causar daños de difícil reparación. Entre los múltiples efectos negativos de un uso inadecuado de los medios digitales, interesa destacar por un lado, el desorbitado aumento de la ciberdelincuencia (ciberestafas, ciberacoso, ciberamenazas, *phishing* bancario, *phishing* car)² y por otro, el incremento de los tratamientos ilícitos de datos personales por parte de instituciones, organizaciones y empresas, de carácter nacional e internacional, tanto públicas como privadas.

Partiendo de las premisas anteriores y con carácter previo a centrarnos en los nuevos derechos y garantías digitales reconocidos por la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantías de los derechos digitales* (LOPDGDD en adelante), procede hacer una breve referencia al régimen jurídico de la protección de datos, toda vez que existe una clara conexión entre dichos derechos y garantías digitales y la protección de datos.

Así pues, a nivel europeo resulta de aplicación general y directa desde el 25 de mayo de 2018 el *Reglamento (UE) 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos* (RGPD en adelante). Mientras que el resto de datos que no se correspondan con la anterior definición, se rigen por el *Reglamento 2018/1807 del Parlamento y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea*⁴.

Junto a dicho Reglamento, es preciso recordar que se publicó una Directiva, la *Directiva (UE) 2016/680, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos* (Directiva 2016/680 en adelante). Respecto a esta última, interesa incidir en que tras dos años de retraso en su transposición y sin perjuicio de su efecto directo vertical de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, sigue pendiente de transposición al ordenamiento jurídico español. De ahí, que la Comisión Europea haya propuesto una sanción económica al citado Tribunal de Justicia de más de cinco millones de euros⁵.

143

1 De conformidad con el art. 4. 1) RGPD, dato personal es «toda información relativa a la persona física identificada o identificable», esta es, aquella cuya identidad pueda determinarse directa o indirectamente en particular mediante un identificador (nombre, número de identificación o elementos propios de la identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social). Los datos se clasifican en ordinarios (nombre, dirección de correo, currículum) y en categorías especiales, como aquellos referidos a política, religión, creencias o salud.

2 Según el Observatorio Español de Delitos Informáticos (OEDI), frente a los 37.458 ciberdelitos registrados en el año 2011, en 2017 constan un total de 81.307, la mayoría por fraude informático. <http://oedi.es/estadisticas/>.

3 Entre los casos más conocidos, resulta imprescindible traer a colación la conocida cesión ilícita de información personal de miles de usuarios de la red social Facebook a la empresa *Cambridge Analytica*, suceso que fue noticia a principios del año 2018.

4 Art. 3. 1) Reglamento 2018/1807 del Parlamento y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea.

5 Al respecto, se incide en la necesidad de su transposición al sistema español, no sólo para evitar el incremento la citada sanción propuesta para España, sino también por razones de seguridad jurídica y armonización del nivel de protección y la libre circulación de datos en ámbito penal. Véase: <https://elderecho.com/la-comision-europea-decide-llevar-espana-ante-tribunal-no-transponer-derecho-la-ue>.

Por su parte, en el sistema español la protección de datos configura un derecho fundamental autónomo e independiente derivado del artículo 18.4⁶ de la Constitución Española (CE en adelante), tal y como ha reiterado el Tribunal Constitucional (TC en adelante), por todas se cita la STC 292/2000, en su Fundamento Jurídico 7.

En cuanto a su régimen jurídico, además de la aplicación directa del mencionado RGPD, y por ende sus principios, garantías y derechos (acceso, rectificación, supresión, olvido, portabilidad de los datos), el pasado 6 de diciembre de 2018 entró en vigor la LOPDGDD. Esta Ley venía a derogar la anterior regulación de 1999⁷ para adecuarla a las líneas y principios del Reglamento europeo, con la gran novedad de incluir un Título específico dedicado a las «Garantías de los derechos digitales», cuyo análisis es el objeto del presente artículo.

Tras año y medio de que se cumpla el primer aniversario de la entrada en vigor y aplicación de la LOPDGDD, a continuación se aborda una aproximación a los nuevos garantías y derechos digitales reconocidos por ello, cuya consagración legal ha configurado un auténtico hito jurídico.

2. NUEVOS DERECHOS Y GARANTÍAS DIGITALES EN LA LOPDGDD 3/18.

Como se ha indicado anteriormente, una de las principales novedades de la LOPDGDD es que reconoce en su Título X (arts. 79 a 97) un catálogo de nuevos derechos y garantías digitales inherentes a toda persona física en el entorno virtual y en el uso de los medios digitales en todos los ámbitos, en especial en el laboral y respecto a los colectivos considerados más vulnerables, como los menores de edad.

Dicho Título X de la LOPDGDD parte del reconocimiento explícito del principio general de plena aplicabilidad en internet de la totalidad de los derechos y libertades consagrados en la CE y en los Tratados y Convenios Internacionales en los que España es parte. Resulta claro que todo usuario de los medios digitales mantiene en este entorno sus derechos humanos y fundamentales, entre los que destacan el derecho a la vida (art. 15), a la seguridad personal (art. 17 CE), a la libertad de expresión y de información (art. 20 CE), a la intimidad, a la imagen, al honor, al secreto de las comunicaciones o a la protección de datos personales (art. 18 CE).

De hecho, en la práctica son habituales las colisiones entre tales derechos y libertades (protección de datos vs. intimidad, libertad de expresión, libertad de información veraz, acceso a la información), concerniendo a los órganos judiciales realizar una ponderación de los intereses o derechos en conflicto en el caso concreto.

Ahora bien, la LOPDGDD va más allá del reconocimiento de tales derechos al encomendar a los prestadores de servicios de la sociedad de la información y a los proveedores de internet que contribuyan a garantizar su aplicación. Siguiendo la línea del RGPD, no se establecen medidas concretas tendentes a garantizar tal aplicación, sino que cada ente en particular tiene que valorar e instaurar las oportunas y efectivas medidas para cumplir con la protección de datos, la responsabilidad proactiva y en especial, respetar el citado principio de plena aplicabilidad.

Sobre la base de la anterior premisa, que constituye el pórtico introductorio del citado Título X, en los siguientes artículos se consagran un total diecisiete derechos digitales, que se pueden clasificar en dos grupos. Por un lado, derechos en el entorno digital, con especial protección de los menores en el correcto uso de los medios digitales, y por otro, derechos digitales en el ámbito laboral.

6 Este precepto dispone de forma literal: «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

7 Constituida principalmente por la Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de dicha Ley.

2.1. Derechos en el entorno digital.

En el entorno digital, destacan los siguientes derechos y garantías reconocidos con carácter general:

En primer lugar, se reconoce legalmente el derecho al acceso universal, asequible y de calidad a internet, independientemente de toda condición personal, social, económica. Aunque se refleja la intención de favorecer el desarrollo tecnológico de la sociedad española y eliminar las brechas digitales latentes, que han disminuido considerablemente en los últimos años⁸, la configuración legal de este derecho puede plantear problemas en cuanto a su implementación. Además, al igual que ocurre con otros derechos de este Título X, no basta reconocerlos legalmente, sino que se ha de acompañar de las oportunas medidas de apoyo y financiación para hacerlos efectivos.

En segundo lugar, se reconoce el derecho a la neutralidad de internet, que significa que los proveedores de servicios de internet oferten sus servicios de forma transparente y sin discriminación a los usuarios por motivos técnicos o económicos. Como posible problemática, en la práctica este derecho puede verse limitado en aquellos casos en los que a dicha oferta le preceden una serie de psicografías o perfilados, dando lugar a información o publicidad segmentada y específica en atención de las preferencias e intereses particulares.

En tercer lugar, se consagra el derecho a la seguridad digital, a que las comunicaciones vía medios digitales se transmitan y reciban de forma segura, lo más segura posible; así como que los usuarios sean informados de sus derechos, como por ejemplo, del derecho de olvido en redes sociales o ss. ee. o a que se notifique al usuario en el plazo máximo de setenta y dos horas, como regla general, aquellas brechas de seguridad que pongan en riesgo sus datos personales.

De otro lado, se reconoce el derecho a solicitar a los responsables de redes sociales y ss. ee. la rectificación de contenidos difundidos por terceros que vulneren los derechos al honor, la intimidad y a la libertad de comunicar y recibir libremente información veraz.

También, se prevé el derecho a solicitar de forma motivada la actualización de informaciones en medios de comunicación digitales cuando la información original no refleje la situación actual por circunstancias posteriores a su publicación, causándole un perjuicio. Normalmente se refiere a casos de informaciones sobre actuaciones policiales o judiciales que se hayan visto afectadas en beneficio del interesado por resoluciones judiciales posteriores, como una sentencia absolutoria o más beneficiosa. Respecto a este último, la inclusión en el precepto de la necesidad de motivar la solicitud y un perjuicio puede limitar el ejercicio del derecho.

Así mismo, se reconocen los derechos al olvido en búsquedas de internet y en las redes sociales y ss. ee.; y el derecho a la portabilidad de los datos en dichas redes, por el que se puede instar a sus prestadores recibir y transmitir los contenidos facilitados o que estos los transmitan directamente al otro prestador indicado. Este último derecho posee gran utilidad práctica pero puede ser problemático el que se condicione su ejercicio a que «sea técnicamente posible», deviniendo inoperante en muchos casos o pudiendo ser la excusa para no atender la solicitud.

Por último, especial relevancia tienen los derechos a la educación digital y al testamento digital. En relación con el primero, dado que como afirmaba Nelson Mandela «la educación es el arma más poderosa para cambiar el mundo», es esencial que se haya previsto expresamente en la LOPDGDD el derecho a la educación con carácter inclusivo en el uso de los medios digitales seguro y respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente con el respeto y la garantía de la intimidad personal y familiar y la protección de datos.

Se trata de la aplicación del derecho a la educación consagrado en el art. 27 CE en el marco digital, instándose a las Administraciones educativas a incluir la competencia digital y elementos sobre situaciones de riesgo derivadas de una indebida utilización de tales herramientas en el diseño del bloque de asignaturas de libre configuración. Así mismo, destaca el que se requiera al profesorado a formarse en materia digital para la enseñanza y transmisión de esos valores y derechos.

⁸ «La brecha digital en España se reduce», 2019. Véase: <https://www.hoy.es/tecnologia/internet/brecha-digital-espana-20190301175651-ntrc.html>.

En el ámbito universitario, se prevé que los planes de estudio de los títulos habilitantes profesionalmente, como el Máster Universitario de Acceso a la Abogacía o en Profesorado de Educación Secundaria Obligatoria, garanticen la formación en el uso y seguridad de los medios digitales y en garantía de los derechos fundamentales en internet. Por su parte, se dispone que las Administraciones Públicas han de incorporar materias relacionadas con la garantía de los derechos digitales y protección de datos en los temarios de pruebas selectivas a los cuerpos superiores y a aquellos en que habitualmente se traten datos personales.

En definitiva, si «la verdadera educación consiste en sacar a la luz lo mejor de uno mismo» (Ghandi), la educación digital es vital en la actual sociedad globalizada, interconectada y digitalizada, toda vez que enseñar un uso de los medios digitales seguro y respetuoso con los derechos y con la dignidad humana, fundamento del orden y de la paz social (art. 10.1 CE), es muy beneficioso a corto y largo plazo.

Respecto al derecho al testamento digital, se establece legalmente la facultad de toda persona de disponer el uso y destino de sus bienes digitales (personales, financieros como los números de cuenta o tarjetas bancarias o económicos). En concreto, el art. 96.1 a) de la LOPDGDD establece la regla general de que «*las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos*» están legitimados al acceso a los contenidos gestionados por los prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas, así como para decidir sobre su utilización, destino o supresión; excepto que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente o así se establezca legalmente.

Cabe señalar que otros legitimados son el albacea testamentario o instituciones designadas, los representantes legales o el Ministerio Fiscal en caso de menores o personas necesitadas de una especial protección. En cualquier caso, con la inclusión de este precepto se da solución a la laguna legal existente y a las situaciones anteriores en las que los propios prestadores del servicio decidían atender o no las solicitudes de supresión de los datos y perfiles de fallecidos por parte de sus herederos⁹.

Sin embargo, esta regla general parece ser excesivamente aperturista al admitir sin restricción, ni reglas de prioridad para casos de conflicto, que sus herederos y aquellos vinculados por razones familiares e incluso «de hecho» puedan solicitar acceder a ellos y decidir sobre su uso, destino y supresión (fotografías digitales, archivos de vídeo, cursos, nombres de dominio, correos o actividad bancaria *online*). Así, la LOPDGDD se aparta de otras regulaciones más restrictivas como la francesa o la legislación foral de la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código Civil de Cataluña¹⁰.

Otra problemática es la relativa al acceso a contenidos virtuales con terceras personas no fallecidas implicadas (mensajes, correos, fotografías, grabaciones de vídeo o audio), generándose a su vez otros conflictos de derechos y posibles lesiones de sus derechos fundamentales, como el de secreto de las comunicaciones, la intimidad, el honor y la propia imagen de terceros.

2.2. Especial protección de los menores en internet.

Los menores de edad forman parte de los colectivos más vulnerables ante los riesgos y consecuencias negativas del uso de las TIC e internet en todos los ámbitos. Es por ello que el Título X de la LOPDGDD dedica dos preceptos similares en aras de dotarles de una especial protección en el ámbito digital.

De un lado, prevé que sus progenitores o representantes legales han de procurar que los menores hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de los servicios de la sociedad de la información para garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y perseverar su dignidad y sus derechos. En cuanto al uso o difusión de imágenes o datos personales de menores en redes sociales y ss. ee. que pudiesen implicar intromisiones ilegítimas en sus derechos fundamentales, se prevé la intervención del Ministerio Fiscal, que instará las medidas cautelares y de protección previstas oportunas.

⁹ <https://www.aepd.es/media/docs/novedades-lopd-ciudadanos.pdf>

¹⁰ SOLÉ RESINA, J., *Las voluntades digitales: marco normativo actual*, Anuario Derecho Civil, Tomo LXXI, 2018, fase. II, pp. 417 y ss. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2018-20041700440_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Las_voluntades_digitales_marco_normativo_actual

De otro lado, encomienda a los centros educativos y personas jurídicas o físicas que desarrollen actividades en las que participen menores a garantizar la protección de su interés superior y sus derechos fundamentales en la publicación o difusión de sus datos personales a través de servicios de la sociedad de información. En particular, precisa que si esta fuera a producirse a través de redes sociales o ss. ee., se requiere el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

Cabe señalar que, aunque la LOPDGDD mantiene la edad de catorce años para consentir tratamientos de datos, corresponde a sus padres o representantes legales el ejercicio de los derechos en esta materia hasta la mayoría de edad. Como se puede observar, se sigue la línea de proteger de forma específica los derechos fundamentales y el interés superior de menor también en el ámbito virtual, como lo hace con carácter general la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del menor con carácter general y al que hace referencia el Considerando 38 RGPD. En conexión con todo ello, y como se refería anteriormente a propósito del derecho a la educación digital, se reitera la relevancia de una apropiada educación en uso de las TIC y de internet, sus riesgos y consecuencias.

Por último, interesa citar como aspecto positivo en relación con esta materia que como política de impulso la LOPDGDD establece que el Gobierno aprobará un Plan de Actuación para promover las acciones de formación, difusión, concienciación para que los menores hagan un uso responsable y equilibrado de las herramientas digitales y las redes sociales con el fin de garantizar el adecuado desarrollo de la personalidad y preservar su dignidad y derechos fundamentales¹¹.

A nivel europeo, la Comisión Europea publicó en 2018 un Plan de Acción de Educación Digital con el desarrollo de serie de acciones para fomentar y apoyar el uso de la tecnología en la educación y la competencia digital¹².

2.3 Derechos digitales en ámbito laboral.

Cada vez es más frecuente el uso de las herramientas digitales en el entorno laboral, siendo puestos a disposición del trabajador múltiples aparatos electrónicos (móviles, ordenadores, *tablets*) por parte del empleador para fines laborales. Sobre la base de lo anterior, la LOPDGDD recoge específicamente una serie de derechos digitales en este ámbito en aras de tutelar el bien jurídico de la intimidad personal y familiar del trabajador, así como su dignidad.

En primer lugar, se garantiza el derecho a intimidad en el uso de dispositivos digitales en el lugar de trabajo, puestos a su disposición por el empleador. En estos casos, dicho empleador tiene derecho a acceder al contenido derivado de su uso a los únicos efectos del control laboral y garantizar la integridad de los dispositivos.

Al respecto de la facultad de control laboral, el art. 20. 3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET en adelante) dispone de forma literal:

«El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y de control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad».

Sin embargo, como es lógico, dicha facultad de control laboral no es ilimitada, sino que ha de respetar los derechos fundamentales del trabajador, especialmente a la intimidad y los estándares mínimos de protección de tal derecho, previa información clara, expresa e inequívoca al respecto. En cuanto al

11 Señalar que establece como prioridades hacer un mejor uso de la tecnología digital para la enseñanza y el aprendizaje, desarrollar competencias y capacidades digitales pertinentes para la transformación y modernizar los sistemas educativos mediante la previsión y un mejor análisis de los datos. Para más información, consúltese la Guía sectorial AEPD para centros educativos. <http://www.tudecideseninternet.es/agpd1/images/guias/GuiaCentros/GuiaCentrosEducativos.pdf>

12 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0022&from=EN>

acceso por parte del empleador con fines privados, podría admitirse en el caso de que se concreten los usos autorizados y establezcan las garantías oportunas para el respecto del derecho a la intimidad del trabajador.

También, se consagran los derechos a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos, así como ante la utilización de sistemas de geolocalización. Igualmente, en estos casos los empleadores pueden tratar los datos obtenidos a través de dichos sistemas para el ejercicio de funciones de control laboral previstas en la legislación de la función pública y en el citado art. 20. 3 ET, siempre dentro del marco legal y de los límites inherentes a su ejercicio en todo caso, previa información al trabajador expresa, clara e inequívoca de su existencia y finalidad.

En relación con los sistemas de geolocalización, se refiere particularmente a aquellos profesionales (repartidores, comerciales, taxistas) cuyos vehículos móviles vinculados al trabajo tienen instalados tales dispositivos para fines legítimos como es el control laboral o para poder una adecuada prestación de sus servicios. De igual modo, se han de respetar los estándares mínimos del derecho fundamental a la intimidad y establecer las medidas adecuadas y eficaces para respetarlo, como por ejemplo que el trabajador pueda desconectarlo durante su tiempo de descanso o fuera del horario laboral.

Por otro lado, se reconoce el derecho a la desconexión digital, que significa garantizar el respeto de los tiempos de descanso, permisos y vacaciones del trabajador, en aras de respetar y fomentar la conciliación de la vida laboral y personal-familiar. A modo de ejemplo, el Convenio Colectivo del Grupo Axa del año 2017 ya recogía el derecho a la seguridad digital y a la intimidad en el uso de herramientas tecnológicas¹³.

Aunque a priori parece un derecho lógico y sencillo, es frecuente que su aplicación y respeto en la vida cotidiana plantee ciertos problemas, sobre todo en aquellas profesiones que requieren disponibilidad completa o en los casos de trabajadores por cuenta propia. En este sentido, meses después a la entrada en vigor y aplicación de la LOPDGDD fue noticia la noticia relativa a que «el 60 % de los empleados en España señala que la cultura corporativa de su empresa demanda estar siempre disponible para los requerimientos laborales que pueden surgir, incluso en horas no laborales»¹⁴.

Por tanto, sigue siendo necesario concienciar sobre la importancia del respeto de este derecho tanto por empleador, como por los propios trabajadores, pues de lo contrario, serán múltiples y numerosos los efectos negativos en la salud mental de los propios trabajadores (estrés laboral, ansiedad, agotamiento, desconcentración).

Como se indicaba anteriormente, en todos estos derechos digitales en ámbito laboral no se establece legalmente un listado de medidas, sino que corresponde a cada empresa, entidad o institución determinar su listado de medidas y herramientas, desde el diseño y por defecto. Todo ello, en aras de garantizar los derechos fundamentales de sus trabajadores en el ámbito laboral, especialmente su derecho a la intimidad personal y familiar, así como a la protección de datos.

Por último, resulta de interés que la LOPDGDD deja vía abierta para la ampliación de los derechos digitales en el entorno laboral mediante la negociación colectiva. Igualmente, que en su Disposición Final 13 modifica el ET añadiendo un precepto, el art. 20 bis, pasando a disponer expresamente:

«Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos y garantía de los derechos digitales».

13 En concreto, prevé que «salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo». https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-11622

14 «La desconexión digital hace aguas: el 60 % de las empresas piden a sus trabajadores disponibilidad total», <https://confilegal.com/20190505-la-desconexion-digital-hace-aguas-el-60-de-las-empresas-piden-a-sus-trabajadores-disponibilidad-total/>

3. SIGNIFICACIÓN JURÍDICA DEL RECONOCIMIENTO DE LOS NUEVOS DERECHOS DIGITALES.

En los últimos años, ha aumentado la preocupación social por proteger la información personal y la intimidad en aras de salvaguardar los derechos fundamentales y la dignidad de la persona en el entorno virtual. De forma paralela, ha ido surgiendo una cultura sobre protección de datos personales, siendo la sociedad cada vez más consciente de que un uso desproporcionado, al margen de la normativa y de la ética de los medios digitales puede limitar o incluso lesionar derechos fundamentales (protección de datos, intimidad, honor, imagen, seguridad personal o secreto de las comunicaciones).

Igualmente, ha incrementado la preocupación del legislador europeo y nacional español de velar por la salvaguarda de dichos derechos ante el creciente uso de las TIC e internet, lo que se ha materializado en las normativas específicas sobre la materia. Centrándonos en la LOPDGDD, en vigor desde el pasado 6 de diciembre, se pone de manifiesto que la consagración de los derechos y garantías digitales (seguridad digital, educación digital, testamento digital, neutralidad de internet) ha constituido un verdadero hito jurídico en el ordenamiento jurídico español.

Más que un nuevo catálogo de derechos, son un elenco de facultades esenciales titularidad de toda persona física que se encuentran ligadas a los derechos fundamentales a la protección de datos y a la intimidad, dos derechos autónomos e independientes tal y como ha reiterado en diversas ocasiones el TC¹⁵. Configuran un elenco de facultades que complementan los derechos reconocidos con carácter general en el RGPD, como los derechos de acceso, rectificación, supresión, oposición.

No obstante, su implementación práctica puede presentar ciertos problemáticas, principalmente porque, a diferencia del resto de derechos fundamentales y libertades públicas consagradas en la CE, no gozan de trayectoria doctrinal y jurisprudencial, requiriendo un grado de determinación y concreción de su contenido por parte de las autoridades competentes, más aún teniendo en cuenta la generalidad de sus términos.

Además, como como ponía de manifiesto el Profesor DÍAZ REVORIO¹⁶, «ningún derecho se garantiza con su propia proclamación», por lo que su reconocimiento es muy positivo pero no es suficiente, sino que debe ir acompañado de las oportunas garantías y medidas de apoyo y de financiación por parte de las autoridades competentes para hacerlos reales y efectivos.

Por otro lado, al no establecerse con carácter general medidas y protocolos concretos para hacer los derechos digitales reconocidos plenamente eficaces, corresponde a cada empresa, entidad o institución en particular establecer las medidas que considere razonables para cumplir la normativa desde el diseño y por defecto, bajo el principio de responsabilidad proactiva. Esto puede dar lugar a diferencias interpretativas, que supongan diferentes niveles de protección garantía de los derechos digitales.

En cualquier caso, es indudable que el reconocimiento expreso de los derechos y garantías digitales en el Título X de la LOPDGDD ha constituido un hito jurídico en nuestro ordenamiento jurídico. Ahora bien, dado que la actual sociedad tecnológica está en constante evolución y desarrollo, dicho catálogo de derechos precisara ir siendo ampliado y actualizado para proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos conforme se vayan generando necesidades de tutela ante las innovaciones y evoluciones tecnológicas.

¹⁵ STC 292/2000, Fundamento Jurídico 5.

¹⁶ Vid. F. DÍAZ REVORIO, Comunicación sobre «El coste de los derechos», *Jornadas Retos actuales del Derecho Constitucional*, 9 de mayo de 2019, Universidad Internacional de Andalucía, sede Antonio Machado.

CONCLUSIONES

Los nuevos derechos y garantías digitales consagrados en el Título X de la LOPDGDD configuran un auténtico hito en el ordenamiento jurídico español, si bien más que una nueva generación de derechos son facultades ligadas a los derechos fundamentales a la protección de datos personales y a la intimidad personal y familiar.

Destacan el derecho de acceso universal, a la neutralidad y seguridad de internet, a la desconexión digital del trabajador, al testamento digital y a la educación digital. Este último es crucial a corto y largo plazo, pues la formación en el correcto, legal, ético y apropiado uso de las TIC e internet, así como de los riesgos y consecuencias derivados de su uso, contribuirá a un mayor respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas en el entorno digital, en definitiva, a fomentar la cultura de la protección de datos.

La efectividad de los derechos digitales puede presentar problemas o ciertas limitaciones en la práctica, principalmente porque toda proclamación de derechos ha de completarse con medidas de apoyo y financieras efectivas, así como garantías de control por parte de las autoridades competentes.

Además, se trata de facultades recientes que no gozan de una trayectoria doctrinal y jurisprudencial consolidada, por lo que precisan ser interpretados y concretado su contenido por parte de los órganos judiciales. Por otro lado, requieren ser trasladados a medidas y protocolos de cumplimiento concretos a concretar por parte de las empresas, instituciones, entidades desde el diseño y por defecto.

Por todo ello, se concluye que la tutela de los datos personales y de los nuevos derechos digitales sigue configurando uno de los retos actuales en todos los ámbitos y en particular, del Derecho Constitucional. En lo que concierne a estas garantías digitales, es objetivo común compartido seguir promocionando la cultura de la protección de datos, la responsabilidad proactiva de cumplimiento y la concienciación en el respeto de los derechos digitales, con la finalidad de que sean respetadas y percibidas por la sociedad como una necesidad inherente a la dignidad humana, uno de los fundamentos del orden y de la paz social.