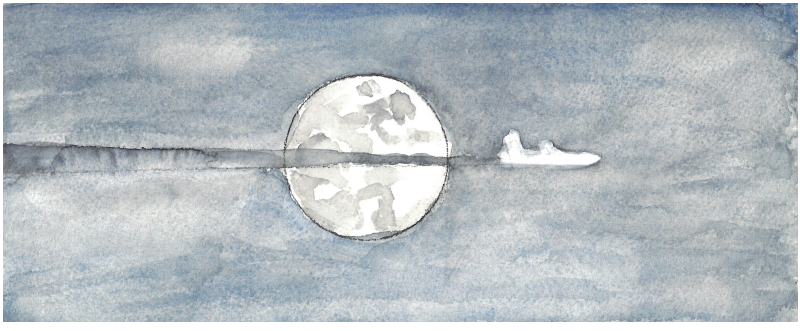
COLECCIÓN ESTUDIOS 9

LA CONSTITUCIÓN DEL ALGORITMO

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN



LA CONSTITUCIÓN DEL ALGORITMO

ESTUDIOS Nº 9

Director: José Tudela Aranda

fundación
Manuel Giménez Abad
de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

LA CONSTITUCIÓN DEL ALGORITMO

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

fundación
Manuel Giménez Abad
de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

Sede: Palacio de la Aljafería
E-50004 Zaragoza
T: 976 28 97 15
E-mail: fundacion@fundacionmgimenezabad.es
www.fundacionmgimenezabad.es

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del *copyright*, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidas la reprografía y el tratamiento informático.

Zaragoza, 2022

© Fundación Manuel Giménez Abad
de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

ISBN: 978-84-124487-5-7
Depósito Legal: Z 1702-2022

Diseño de la colección: Inés Bullich
Ilustración de la cubierta: "Un mundo dividido",
de Marisol Lara (2017)

Maquetación: Cometa, S.A.

A Amalia, Paquito y Juanjo,
que nadie limite vuestros sueños

ÍNDICE

PRESENTACIÓN 13

INTRODUCCIÓN 21

1. LA CONSTITUCIÓN DEL ALGORITMO 31
1.1. Algoritmos y fuentes del derecho 36
1.2. Algoritmos y derechos 40

2. LAS RUPTURAS DE LA ERA DIGITAL 51
2.1. La ruptura de la unidad de la constitución como referente cultural 51
2.1.1. Juristas en el país de los algoritmos 51
2.1.2. Derechos y datos 55
2.2. La disociación entre realidad física y realidad virtual 60
2.2.1. La transformación de la realidad 60
2.2.2. Realidad física y realidad virtual 62
2.3. La destrucción de una percepción social compartida de la realidad 66
2.3.1. La jerarquización de los procesos comunicativos mediante algoritmos 66
2.3.2. La configuración de los algoritmos por los nuevos mediadores 69
2.3.3. Los nuevos mediadores de los procesos comunicativos y la cuestión de la verdad en el espacio público 73
2.3.4. Las "fake news" en los diferentes contextos comunicativos: político, económico y tecnológico 80

2.3.5. Los ecosistemas digitales como esferas libres de derecho y la destrucción de una percepción social compartida de la realidad 84
2.4. La ruptura del contexto cultural de la constitución..... 89
2.4.1. Constitucionalismo y legitimidad de la constitución 89
2.4.2. Un entorno cultural hostil al constitucionalismo 94
2.4.3. La tecnología como factor cultural 97
2.5. La ruptura de la constitución económica nacional 105
2.5.1. Economía global v. *constitución estatal* 105
2.5.2. El deterioro de la constitución económica 108

3. LA TRANSFORMACIÓN DE LOS DERECHOS EN LA SOCIEDAD DIGITAL..... 113
3.1. Globalización y derechos..... 113
3.2. Derechos y sociedad digital..... 116

4. LA TRANSFORMACIÓN DE LA DEMOCRACIA..... 123
4.1. La democracia representativa como democracia pluralista y constitucional..... 128
4.2. La democracia directa como democracia monista y populista..... 132
4.3. ¿Dónde se sitúa la democracia digital?..... 137

5. EL NUEVO COLONIALISMO DIGITAL..... 147
5.1. Hacia la hegemonía global a través de la inteligencia artificial..... 147
5.2. La *patria* de las compañías tecnológicas..... 155
5.3. ¿Qué hacer con las compañías tecnológicas y con la inteligencia artificial? 161

6. EL FINAL DE UNA ÉPOCA DORADA 165
6.1. La época dorada 165
6.2. La crisis del constitucionalismo estatal..... 169
6.3. La marginación de la constitución en los nuevos entornos digitales 174

7. CONSTITUCIONALIZAR EL ALGORITMO Y DIGITALIZAR LA CONSTITUCIÓN 181
7.1. Constitucionalizar el algoritmo 181
7.1.1. Causas y efectos 181
7.1.2. El papel de la Unión Europea 183
7.1.3. Una nueva narrativa para el constitucionalismo digital 185
7.1.4. Un siglo de crisis constitucionales 187
7.1.5. Constitucionalizar el mundo híbrido 189
7.2. Controlar a las compañías tecnológicas 191
7.2.1. Competencia y pluralismo 191
7.2.2. Medidas de control 194
7.3. Digitalizar la constitución 197

CONCLUSIONES 201

PRESENTACIÓN

En la tapia que cierra la parte norte de la hermosa fuente de los jardines del Triunfo en Granada, justo enfrente del majestuoso edificio del Hospital Real (sede del Rectorado de la Universidad), alguien tiene la costumbre de escribir grafitis que, a veces, proyectan una luz tan intensa como la que ilumina los juegos de agua de la fuente durante la noche. Recuerdo siempre uno, ya desaparecido, motivado seguramente por la crisis financiera de 2008 y sus devastadoras consecuencias para nuestra juventud: "no quepo en un cielo tan bajito".

¿Qué otra cosa podía ser la constitución que un espacio de libertad destinado a ampliar nuestro horizonte y a elevar nuestro cielo? Y, sin embargo, en este siglo XXI, el balance está lleno de fracasos. Algunos de esos fracasos los hemos visto con la crisis financiera y forman parte de las grandes crisis del constitucionalismo en este nuevo siglo y milenio[1]. Otros tienen que ver con el mundo digital y su incidencia en

1 Cfr. Francisco Balaguer Callejón, "El final de una época dorada. Una reflexión sobre la crisis económica y el declive del Derecho constitucional nacional", en F. Alves Correia, J. E. M. Machado e J. C. Loureiro (Organizadores), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes*

los procesos comunicativos y en la configuración del espacio público, incluidos los procesos electorales nacionales.

Los grandes agentes globales, los especuladores financieros y las compañías tecnológicas han desatado fuerzas que el Estado no puede controlar y ante las que la constitución se encuentra inerme[2]. La crisis sanitaria y todo lo que ha seguido después no han hecho más que agravar la situación, consolidando las tendencias que se habían manifestado en los dos primeros decenios del nuevo siglo.

La constitución regula un mundo que en parte no existe ya o es socialmente irrelevante, si tenemos en cuenta a las nuevas generaciones de nativos digitales. En los cursos que imparto en diferentes países sobre estas temáticas hago siempre la misma encuesta al auditorio, jóvenes de unos veinte años: ¿Quién ha escrito una carta y la ha enviado por correo alguna vez en su vida? El porcentaje no suele alcanzar el 5% ¿Quién ha utilizado alguna vez un teléfono fijo? Un porcentaje similar, inferior al 5% ¿Quién ha leído alguna vez un periódico impreso? Aquí el porcentaje nunca supera el 3% ¿Quién se informa habitualmente a través de periódicos digitales? No llega al 10% del auditorio, el resto utiliza la información que procede de las redes sociales y de las aplicaciones de Internet.

Canotilho, Vol. II, Constituição e Estado: entre Teoria e Dogmática, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 99-122.

2 Cfr. Francisco Balaguer Callejón, "Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI" en *Nomos | Le attualità nel diritto*, 2018. Anticipazioni Convegno: *Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa*.

Se trata de una trasformación profunda de pautas culturales que tiene una gran importancia en el ámbito personal, pero también en el social y el político, incidiendo de manera significativa en los procesos democráticos y constitucionales. Cuando alguien lee un periódico en formato impreso tiene la posibilidad de percibir una visión global del mundo. La información se le muestra sistematizada y ordenada de manera que quizás no tenga interés en alguna de las secciones, pero si las va pasando página a página puede ser que los titulares le atraigan hacia una noticia internacional o hacia una referencia cultural, aunque no sean cuestiones que normalmente consultaría.

Por el contrario, la información en las redes se muestra desagregada y condicionada por los algoritmos, de manera que no hay una visión amplia de todos los temas de actualidad como en los medios de comunicación tradicionales, sino que se accede a la información de manera fragmentaria y selectiva[3]. Generalmente se personaliza en función del historial en Internet del usuario y de las temáticas que han sido objeto de su interés, retroalimentando sus planteamientos y limitando

3 "Social feeds and search results show snippets and single articles. This creates a more disaggregated news experience than traditional news media." Eso supone que los usuarios no acceden más que a una parte de la información: "Online content is effectively "unbundled". The different sections of a print newspaper are brought together into one product. Online, readers can select only the articles they wish to view, without necessarily being exposed to other content. So, they may be less likely to read public interest news". *The Cairncross Review. A sustainable future for journalism*, 12 February 2019, p. 7.
https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/779882/021919_DCMS_Cairncross_Review_.pdf

cada vez más su visión del mundo. El resultado es el empobrecimiento personal, pero también el social, así como el deterioro de la capacidad de generar debate y reflexión tan necesaria para una democracia pluralista.

Lo mismo puede decirse del ámbito constitucional. Si pensamos en los derechos fundamentales que la constitución protege, algunos de los preceptos constitucionales que afectan a estos ámbitos son hoy una reliquia. No porque las normas que contienen no deban ser preservadas y garantizada su eficacia, sino porque en el mundo digital el poder estatal que la constitución regula se ve incapaz de hacerlo. Cuando antes se enviaba una carta a través del servicio postal, no era necesario firmar ningún contrato para que llegara intacta a destino porque el Estado garantizaba que nadie abriría esa carta en el proceso de envío y entrega y que si lo hacía incurriría en responsabilidad penal.

Exactamente lo contrario de lo que ocurre ahora con la correspondencia en el mundo digital, que es procesada por las compañías tecnológicas, como cualquier otra actividad en la red, para extraer datos que posteriormente utilizan con finalidad comercial e incluso (lo que resulta especialmente problemático por su potencial destructivo de la democracia) para personalizar propaganda política subliminal, como ocurrió en las elecciones presidenciales de Estados Unidos en 2016.

La constitución del algoritmo es una forma de analizar la realidad digital desde la perspectiva de las rupturas que está generando y que tienen una dimensión constitucional. Es también un modo de proponer soluciones que permitan miti-

gar esas rupturas y facilitar una respuesta constitucional para *constitucionalizar el algoritmo* en el sentido de promover una mayor coherencia de los algoritmos con los principios y valores constitucionales, pero también para *digitalizar la constitución*, actualizándola y adaptándola a las nuevas condiciones de la era digital.

Las soluciones que aportamos desde el derecho constitucional pueden parecer utópicas y contrarias al desarrollo tecnológico. No dejo de reconocer que esa inseguridad del reproche ajeno basado en premisas que se presentan como científicas (aunque a veces no lo son y responden a intereses comerciales) también me afecta a mí. Hace más de un año propuse para resolver el problema de la concentración monopolística de las grandes compañías tecnológicas una solución que podía parecer poco realista. Decía entonces:

> *Para resolver estos problemas se pueden adoptar medidas institucionales a través de los reguladores que dificulten una concentración aún mayor. Sin embargo, lo deseable sería más que la limitación, la apertura. Una tecnología abierta que termine con el carácter cerrado y jerarquizado de las aplicaciones sería deseable. La comunicación telefónica es abierta y permite operar a los operadores de telefonía móvil haciendo posible la comunicación global y lo mismo ocurre con los servidores de correo electrónico. Las aplicaciones de comunicación que ahora mismo son cerradas (WhatsApp o Telegram, por ejemplo) deberían ser también abiertas, intercomunicables y gestionadas por una pluralidad de operadores*[4].

4 Francisco Balaguer Callejón, "El impacto de los nuevos mediadores de la era digital en la libertad de expresión", *lceonline* (www.lceonline.eu), 0/2021, p. 37: https://www.lceonline.eu/wp-content/uploads/2021/09/I.02-Balaguer-saggi-1.pdf

Mi sorpresa llegó hace unos días, a finales de agosto de 2022, cuando el fundador de Twitter, Jack Dorsey, defendió una posición similar afirmando que Twitter debería haber sido un Protocolo, que debería funcionar de forma parecida al correo electrónico, que no está controlado por una entidad centralizada y las personas que utilizan diferentes proveedores de correo electrónico pueden comunicarse entre sí[5]. Estoy seguro de que Jack Dorsey no había leído mi escrito previamente[6], pero lo que me interesa destacar es que una propuesta realizada desde el mundo jurídico puede parecer totalmente fuera de la realidad y esa misma propuesta avalada por alguien que tiene una posición destacada en el mundo tecnológico se percibe de un modo muy diferente.

Vengan de donde vengan las propuestas, lo importante es que se amplie el debate sobre cómo articular el mundo digital para que sea compatible con nuestros derechos, con nuestra democracia, con nuestros sistemas constitucionales. No

---

5 "If it were a protocol, Twitter would operate much like email, which is not controlled by one centralized entity, and people using different email providers are able to communicate with one another." Cfr. Sheila Dang, "Jack Dorsey says his biggest regret is Twitter became a company", *Reuters*, 26 de Agosto de 2022: https://www.reuters.com/business/media-telecom/jack-dorsey-says-he-believes-twitter-should-not-be-owned-by-state-company-2022-08-25/

6 No me refiero a la versión española publicada en 2021 o a las otras versiones publicadas en italiano o en portugués, sino a la versión inglesa publicada en abril de 2022: Francisco Balaguer Callejón, "The Impact of the New Mediators of the Digital Age on Freedom of Speech" en Hindelang, S. (editor) Moberg, A. (editor) *YSEC Yearbook of Socio-Economic Constitutions*, Springer 2022.

podemos ni queremos frenar el desarrollo tecnológico, lo que queremos es que ese desarrollo sea realmente una muestra de progreso civilizatorio.

Granada, 27 de septiembre de 2022

INTRODUCCIÓN

El mundo de hoy está regido esencialmente por algoritmos diseñados por las grandes compañías tecnológicas, que configuran los procesos comunicativos, en gran medida, en función de sus intereses económicos. Desde el punto de vista del constitucionalismo, estos algoritmos y la realidad virtual que generan están provocando *rupturas* importantes que podrían caracterizarse del modo siguiente:

1. La primera ruptura es la del *contexto cultural de la constitución*, con la configuración de nuevos factores de legitimación que se corresponden con los factores de poder globales de nuestro tiempo, en particular, con los tecnológicos[7]. *Nuevas pautas culturales y nuevos paradigmas* se están imponiendo, transformando la cultura constitucional, provocando un vaciamiento de la densidad constitucional de derechos e instituciones y dificultando la realización de las funciones de la constitución: el control del

7 Cfr. Francisco Balaguer Callejón, "Constitution, démocratie et mondialisation. La légitimité de la Constitution face à la crise économique et aux réseaux sociaux", en *Mélanges en l'honneur du Professeur Dominique Rousseau. Constitution, justice, démocratie*. L.G.D.J., Paris, 2020.

poder, la garantía de los derechos y la canalización de los conflictos sociales y políticos fundamentales.

2. La segunda, la ruptura de *la constitución como referente cultural unitario* (constitución analógica *v.* constitución digital). Esta escisión genera otras muchas rupturas que afectan al ordenamiento jurídico, al sistema de fuentes del derecho y a los derechos constitucionales. En general, no puede dejar de señalarse la existencia de *una cierta incompatibilidad* entre los algoritmos y la vertiente procesal de la democracia pluralista y del derecho constitucional, como proceso público, plural y participativo[8].

3. La tercera ruptura se produce entre la *realidad física y la realidad virtual*. La primera se sigue regulando por el Estado a través del derecho público. La segunda tiene un alcance global y se ordena esencialmente por las compañías tecnológicas a través del derecho privado. Por tanto, no se trata solamente de dos realidades distintas en su configuración sino también en su ordenación: la física básicamente *estatal y pública*, la virtual esencialmente *global y privada*. Además, la realidad virtual no refleja a la realidad física, sino que la distorsiona y la somete a los intereses

---

8 Cfr. Francisco Balaguer Callejón, „La constitución del algoritmo. El difícil encaje de la constitución analógica en el mundo digital", en: Gomes, Ana Cláudia Nascimento; Albergaria, Bruno; Canotilho, Mariana Rodrigues (Coord.). *Direito Constitucional: diálogos em homenagem ao 80º aniversário de J. J. Gomes Canotilho*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Cfr. Igualmente, Francisco Balaguer Callejón „La constitución del algoritmo" en Francisco Balaguer Callejón (Coordinador), Gregorio Cámara Villar, María Luisa Balaguer Callejón, José Antonio Montilla Martos, *Introducción al Derecho Constitucional*, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2022.

económicos de las grandes compañías tecnológicas que la están diseñando y configurando a su medida[9].

4. La cuarta ruptura se produce en la propia configuración de la realidad, en *la destrucción de una percepción social compartida de la realidad*, que está siendo provocada por las grandes compañías tecnológicas. Estas compañías son los nuevos mediadores que controlan los procesos comunicativos frente a los antiguos mediadores, los medios de comunicación tradicionales. Al potenciar las noticias falseadas y las realidades alternativas, los nuevos mediadores generan *una tensión sobre la realidad* que tiene un gran potencial destructivo del espacio público[10].

5. La ruptura de *la constitución económica*, generada por la globalización e impulsada por el desarrollo tecnológico, es también un elemento que debemos considerar por cuanto priva al Estado de una capacidad de ordenación de la vida social muy importante y lo somete igualmente a los grandes agentes globales. Además, afecta también al estatuto de los derechos fundamentales, privándolo de su *vinculación con la dignidad de la persona* y orientándolo hacia los derechos más vinculados con las exigencias del tráfi-

9 Cfr. Francisco Balaguer Callejón, "La cultura constitucional en la era digital", de próxima publicación en la editorial Thomson.

10 Cfr. Francisco Balaguer Callejón, "The Impact of the New Mediators of the Digital Age on Freedom of Speech" citado.

co económico (derechos de los consumidores y usuarios, derecho a la protección de los datos personales)[11].

Todas estas rupturas son muy diferentes de las que han vertebrado históricamente el constitucionalismo. Las rupturas anteriores tenían que ver con la implantación revolucionaria de la constitución en el mundo moderno o con su defensa frente a sistemas dictatoriales. Todas ellas se producían en el seno del Estado y en relación con la ordenación del poder estatal. Por el contrario, las rupturas que se están produciendo en el siglo XXI se sitúan fuera del Estado y configuran un mundo en el que el poder del Estado ya no alcanza a una gran parte de la realidad antes ordenada por él. Esto lo vimos con la crisis económica, que evidenció la imposibilidad de recuperar por parte de la ciudadanía un poder que se situaba fuera del Estado.

Resulta paradigmático, a estos efectos, comparar algunas de las revoluciones democráticas dentro del Estado con la situación posterior de los países de la zona euro durante la crisis financiera. En el caso de la revolución de los claveles portuguesa, como en las que siguieron a la caída del muro de Berlín, o incluso en las revoluciones árabes ya en el siglo XXI, el ejército o la ciudadanía se personan en el palacio del dictador y lo derrocan.

Sin embargo, la involución democrática que supuso para algunos países de la zona Euro la crisis financiera[12] era imposible

---

11 Cfr. Francisco Balaguer Callejón, Costituzione economica e globalizzazione", *federalismi.it*, numero speciale. 5/2019, 25 Ottobre 2019.

12 Cfr. Francisco Balaguer Callejón, Crisi economica e crisi costituzionale in Europa" *KorEuropa*, nº 1/2012; Cfr. Igualmente, Francisco Balaguer

de resolver por medios internos. Algunos gobiernos cayeron, pero fue precisamente debido a presiones externas, nunca a una revolución democrática propiciada por la ciudadanía. En realidad ¿adónde podría haber ido la ciudadanía para poner término a esa involución democrática? A los palacios de gobierno no, porque nada habría cambiado con otros gobiernos y tampoco a los bancos centrales de la zona euro, porque carecían de competencias para resolver los problemas.

Los factores de poder de nuestro tiempo, como es el caso de las grandes compañías digitales, cada vez se desvinculan más del Estado y cada vez tienen más poder, incluso económico, frente al Estado. Lo hemos visto con el crecimiento de las compañías tecnológicas durante la crisis sanitaria. Algunas de ellas, como Apple, han llegado a alcanzar un valor bursátil que supera el PIB de países como Italia o Brasil[13]. Pero mucho más importante que su valor económico es su capacidad de configurar los procesos comunicativos y el espacio público a través de sus aplicaciones de Internet.

Se trata de compañías que están ocupando posiciones monopolísticas en los ámbitos en los que intervienen y que imponen sus condiciones a los usuarios por medio de la contra-

---

Callejón, "Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello", *Nomos | Le attualità nel diritto*, 2016. Anticipazioni CONVEGNO FINALE PRIN "Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello". In memoria di Antonio Zorzi Giustiniani.

13 Cfr. M.A. García Vega, "FAANG: el acrónimo más caro de la historia", *El País*, 25 de julio de 2020. Cfr. También S. Corona e I. Fariza. "Las tecnológicas agigantan su dominio en plena pandemia", en *El País*, 23 de agosto de 2020.

tación privada. Estas compañías los someten a lesiones permanentes de sus derechos constitucionales (el secreto de las comunicaciones, la intimidad o el derecho de participación política, entre otros) al utilizar los datos que extraen de su actividad en Internet para crear perfiles de usuario que después son utilizados tanto para la publicidad comercial como para la propaganda política[14].

Frente al Estado y la constitución estatal estas compañías están generando nuevas pautas culturales orientadas a favorecer su modelo de negocio. Sus algoritmos provocan la radicalización y fragmentación del espacio público y dificultan la realización de las funciones de la constitución. La brecha entre la constitución formal de cada país y la realidad de los procesos políticos y sociales aumenta cada día.

No podría decirse con Ferdinand Lassalle que la constitución es hoy una "hoja de papel" como lo era en su tiempo frente a los factores reales de poder internos (el monarca, la nobleza, la banca, etc.)[15]. Entre otras cosas porque la constitución de hoy tiene un soporte digital que guardamos en la nube y su

14 Cuando las monedas digitales se implanten, esa información se ampliará hasta definir con exactitud sus hábitos de compra, lo que permitirá conocer otros muchos aspectos de la personalidad de los usuarios. Todos estos datos sirven ya hoy para hacer predicciones que pueden afectar a la economía, por ejemplo, en relación con el éxito futuro de nuevos productos comerciales, afectando al valor bursátil de las compañías que los fabrican.

15 "Wo die geschriebene Verfassung nicht der wirklichen entspricht, da findet ein Konflikt statt, dem nicht zu helfen ist und bei dem unbedingt auf die Dauer die geschriebene Verfassung, das bloße Blatt Papier, der wirklichen Verfassung, den tatsächlich im Lande bestehenden Machtverhältnissen, erliegen muß.", Ferdinand Lassalle, *Über Verfassungswesen*,

aplicación se ve comprometida por factores de poder globales que controlan el mundo digital y que se sitúan fuera del Estado.

Si comparamos este devenir histórico con el momento de la lucha por la consolidación del régimen constitucional a finales del siglo XIX, vemos como han cambiado los factores de poder y los intereses que configuran el mundo de hoy debido a la globalización. Estamos ante una auténtica ruptura porque ya no se trata de consolidar la constitución del Estado para hacer viable el nuevo orden social y la liberación de los factores productivos que hagan posible el desarrollo económico dentro de ese Estado. El Estado sigue siendo un factor de poder, pero ahora hay otros factores de poder globales que juegan en un terreno diferente al de la constitución estatal.

Autores como Hans Kelsen o Costantino Mortati prestaron atención en su época a esos factores de poder y a su incidencia sobre la constitución. Ambos escriben en el contexto del Estado nacional y aportan soluciones a los problemas de legitimación a los que se enfrenta el orden jurídico estatal. Ambos intentan someter en distinta medida (en función de la experiencia histórica que les tocó vivir) el poder político al Derecho. Kelsen mediante la idea de la norma fundamental que proyecta un sistema normativo vertebrado por medio de la constitución material kelseniana[16], Mortati mediante

1862, en: https://web.archive.org/web/20061017003551/http://www.gewaltenteilung.de:80/lassalle.htm

16 Por constitución material entiende Kelsen la norma o las normas que regulan la producción de normas jurídicas. Cfr. Hans Kelsen, *Reine Re-*

su idea de constitución material como límite de naturaleza compleja, porque incorpora un principio político que actúa, en cuanto tal, como frontera jurídica del poder[17]. Pero también aquí el debate sobre el sentido de la constitución se mueve dentro del espacio público nacional.

Lo mismo podemos decir de otra formulación más reciente de la brecha entre constitución formal y constitución real, como la de Georges Burdeau. Más allá de que todos los problemas que enuncia en su sugerente texto "Une survivance:

---

chtslehre, 2ª Edición, de 1960, Verlag Franz Deuticke, Viena, reimpresión de 1967, p. 228.

17 La aportación de Mortati (Costantino Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, 1940, Ristampa inalterata, Milano Giuffrè Editore, 1998) no consiste en la diferenciación entre una constitución formal y una constitución real, derecho vivo, *law in action* o texto y contexto constitucional, formulaciones que él critica. Por el contrario, lo característico de la teoría de Mortati es que, para él la constitución real o el derecho vivo son una manifestación de la constitución material, de la permanencia de la constitución material dentro del ordenamiento. Si, por el contrario, la constitución real o el derecho vivo se apartan de la constitución material entonces la unidad del sistema jurídico se ve afectada y podemos estar ante una posible ruptura constitucional que evidencie la aparición de una nueva constitución material. Por tanto, la teoría de Mortati no se limita a apelar a los factores reales de poder porque en eso no se diferenciaría de otros planteamientos, como los de Lassalle. Lo que aporta Mortati es que configura esos factores reales de poder como un factor normativo deduciendo de ellos los principios a los que debe ajustarse el ordenamiento y que configuran la auténtica constitución en sentido jurídico. Cfr. Francisco Balaguer Callejón, "Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale visti dalla Spagna", en Fulco Lanchester (a cura di), *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Padova, Cedam, 2017, pp. 85-112.

la notion de constitution"[18], sean tales, lo cierto es que se trata de un testimonio fundamental acerca de las dificultades que supone la transición del Estado legal al Estado constitucional de derecho para la coherencia interna de la constitución. Pero, nuevamente, dentro de un análisis que se mueve, como es natural, en el límite de los contornos del Estado nacional.

El conflicto nacional interno sobre la constitución, en todas sus diversas etapas en el mundo moderno, no tiene nada que ver con el conflicto externo generado por los agentes globales. La globalización ha generado una externalización del poder estatal que, por definición, ya no puede ser regulado por la constitución nacional. Nadie puede disponer sobre aquello que no le pertenece y hay una gran parte del antiguo poder estatal que hoy no le pertenece al Estado. Que las normas constitucionales sigan regulándolo es normal, porque la esencia misma de la constitución que conocemos es su capacidad formal de configurar un ordenamiento jurídico pleno, coherente y unitario.

En ese nivel formal la constitución puede articular sus relaciones con el derecho supranacional en las condiciones propias del pluralismo constitucional. Pero fuera del Estado y, en su caso, de las instituciones supranacionales, hay un gran vacío constitucional. Por más que el derecho internacional haya aumentado su densidad constitucional[19], nadie controla

18 Cfr. Georges Burdeau, "Une survivance : la notion de Constitution", 1956, ahora en la recopilación del mismo autor, *Ecrits de Droit constitutionnel et de Science politique*, Éditions Panthéon-Assas, Paris, 2011, pp. 235 y ss.

19 Cfr. Peter Häberle, "El constitucionalismo universal desde las constituciones parciales nacionales e internacionales. Siete Tesis" en *Direito Público*,

realmente a los agentes globales (con la excepción de China en relación con los suyos, porque es una dictadura que actúa ella misma como agente global).

Los agentes globales no tienen interés alguno en la constitución. Ellos se mueven en el plano de la economía y de la política o, más bien, son ellos los que mueven la economía y la política mediante su intervención sobre las políticas económicas de los Estados y sobre su espacio público (incluidos los procesos electorales). El desprecio de los nuevos factores reales de poder globales a la constitución forma parte de la conciencia de su poder sobre los Estados, de su capacidad de influencia sobre ellos y del hecho de que la constitución estatal no haya supuesto hasta ahora un límite para que puedan realizar sus intereses.

El mundo digital, que ocupa una parte cada vez más importante de nuestra realidad cotidiana, está sometido a reglas en cuya producción el Estado prácticamente no interviene y que no se ajustan a los principios y valores constitucionales. La constitución está fuera de esa realidad y ahora tenemos que hacer un gran esfuerzo a través de la constitución del algoritmo en dos sentidos. La constitución del algoritmo significa someter a esa nueva realidad del mundo digital a los principios y valores constitucionales (constitucionalizar los algoritmos), pero también adaptar la propia constitución a las condiciones de un mundo nuevo que no se puede gobernar ya plenamente en los términos de la constitución analógica (digitalizar la constitución).

---

número 54. Nov.-Dic. 2013: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2363/1219

1. LA CONSTITUCIÓN DEL ALGORITMO

El impresionante desarrollo de las compañías tecnológicas en los últimos años supone todo un universo de desafíos para el derecho constitucional que se comenzaron a vislumbrar con nitidez a partir del año 2016, con la intervención de algunas de ellas en el referéndum sobre el *Brexit* y en las elecciones presidenciales de Estados Unidos. A partir del año 2020 la crisis sanitaria ha supuesto un crecimiento extraordinario de las compañías tecnológicas que nos sitúa de lleno en un mundo digital tan tecnológicamente avanzado como constitucionalmente deficitario.

Ni que decir tiene que los constitucionalistas nos movemos en este terreno con cierta incomodidad. No porque la constitución sea "analógica" como tal, sea cual sea el sentido que le demos a ese término, sino porque la constitución, como ocurre con el entero constitucionalismo que conocemos, se forjó en un mundo analógico y, como bien dice Juan Francisco Sánchez Barrilao, el mundo digital ha cambiado, en gran medida, su objeto[20]. Para expresarlo con las tan citadas

20 Cfr. Juan Francisco Sánchez Barrilao, "El derecho constitucional ante la era de ultrón: la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional", *Estudios de Deusto*, Vol. 64/2, Julio-Diciembre 2016, p. 239.

y bellas palabras de Mario Benedetti, "cuando creíamos que teníamos todas las respuestas, de pronto, cambiaron todas las preguntas".

El mundo digital es un territorio ignoto y lleno de peligros para la constitución. No lo es sólo porque el formato haya cambiado y sus pistas de lectura ya no se adaptan a los equipos, sino porque los factores de poder del mundo digital no se ajustan a las previsiones constitucionales. Por diversos motivos que analizaremos seguidamente, "la constitución del algoritmo" (entendida esta expresión en el doble sentido de constitucionalizar el algoritmo y de digitalizar la constitución) tendrá que partir de nuevas bases si quiere controlar esos factores de poder.

Algunas ya vienen impuestas por la propia dinámica de los cambios históricos que estamos experimentando. Por ejemplo, en materia de "constitución económica" pensada para el marco nacional[21], o de derechos fundamentales que hoy se están refugiando en el puerto seguro de los derechos del consumidor[22] o de la configuración de las fuentes del derecho en el contexto de la globalización[23], en un mundo cada vez más

21 Cfr. Francisco Balaguer Callejón, "Costituzione economica e globalizzazione", *citado.*

22 Cfr. Augusto Aguilar Calahorro, "El sujeto de derecho en la sociedad del consumo: el ciudadano como consumidor", en M.A. García Herrera, J. Asensi Sabater y F. Balaguer Callejón, *Constitucionalismo crítico: liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016.

23 Cfr. Alessandro Pizzorusso, "La producción normativa en tiempos de globalización", ReDCE, n. 11, Enero-Junio de 2009.

regulado desde el ámbito privado a través del contrato. Otras tendrán que configurarse a través de un proceso de reflexión que nos permita redefinir el lugar que le corresponde a la constitución en un contexto digital y globalizado.

El problema no es solo que la constitución regule una parte de la realidad que ya prácticamente no existe (la analógica) sino que no regule la realidad que se ha impuesto y que configura un nuevo tipo de sociedad que vive en un mundo digital. Algo que, naturalmente, no tiene que ver solamente con la transformación de los derechos fundamentales establecidos en la constitución sino también con la aparición de nuevos derechos que deben ser regulados para poder ofrecer condiciones de seguridad jurídica y de protección frente a los agentes globales que en la actualidad los lesionan de manera masiva[24].

En todo caso, hay que coincidir con el Profesor Gomes Canotilho, en que la solución no consiste solo en regular la inteligencia artificial para garantizar los derechos, sino que es necesario el desarrollo de estructuras y procedimientos que hagan posible el control efectivo basado en la salvaguarda de

24 A este respecto es de destacar, por su carácter pionero, la *Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital*, que se aprobó mediante la Ley n.º 27/2021 de 17 de mayo, así como la Carta de derechos digitales española, presentada el 14 de julio de 2021, aunque esta última no tiene valor normativo. Cfr. también la iniciativa sobre una Carta de derechos fundamentales digitales de la Unión Europea: www.digitalcharter.eu. Igualmente, con un alcance diferente, la Carta de las Naciones Digitales, suscrita en Montevideo en 2019 por diez países:
https://www.gov.uk/government/publications/digital-nations-charter/digital-nations-charter

la persona como principio y fin del sistema[25]. La regulación es importante justamente para establecer una base legal sobre la que puedan operar los mecanismos de control, pero no es suficiente.

En la sociedad digital ocupa un lugar esencial el algoritmo, como instrumento de configuración de la nueva realidad que se expande por el mundo físico y el virtual. A través del algoritmo se procesan datos para ordenar la realidad. En ocasiones esa ordenación se realiza directamente, sobre soportes físicos, como es el caso, por ejemplo, de los vehículos autónomos. La conducción se produce mediante el procesamiento de una cantidad ingente de datos que se reciben de diversas fuentes, incluidas las cámaras situadas en el vehículo.

En estos casos, los problemas jurídicos que puedan plantearse tienen que ver con la actividad misma, no con la regulación previa que realiza el algoritmo, que no tiene una configuración normativa, sino que expresa una actuación del procesador informático previamente definida por seres humanos. Si en esa definición se incorporan instrucciones inadecuadas que provocan daños, la responsabilidad será de quiénes han diseñado esas instrucciones.

---

25 "o cerne problemático da revolução algorítmica não está na "regulação" da IA ancorada apenas em direitos fundamentais, mas no desenvolvimento objectivo de estruturas organizacionais e mecanismos procedurais que permitam um efectivo controlo pelas autoridades competentes e tribunais com mecanismos adequados à salvaguarda do sujeito colocado no princípio e no fim do sistema", José Joaquim Gomes Canotilho "Sobre a indispensabilidade de uma Carta de Direitos Fundamentais Digitais da União Europeia", *R. Trib. Reg. Fed. 1a Região*, Brasília, DF, v. 31, n. 1, 2019, p. 69.

Cuestión diferente es la de los algoritmos que tienen una configuración normativa y que se mueven dentro del esquema de las fuentes del derecho por insertarse en procesos decisionales públicos o condicionar regulaciones que afectan a los derechos constitucionales. En estos casos es necesario plantearse la dimensión constitucional del algoritmo en una doble perspectiva. Por un lado, en relación con *el sistema de fuentes del derecho* y con la necesidad de preservar los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, que no permiten dejar ámbitos de regulación que afecten a derechos fuera del circuito representativo de la democracia pluralista.

Por otro lado, la dimensión constitucional del algoritmo debe abordarse en relación con *el sistema de derechos constitucionales*, que no puede renunciar a la garantía de los derechos en virtud de que su lesión se produzca a través de procedimientos informáticos mediante algoritmos. El algoritmo no deja de ser un instrumento destinado a una finalidad concreta y utilizado para mejorar procesos y obtener rendimientos de diversa naturaleza (aunque en última instancia sean esencialmente económicos). Esa finalidad debe ser compatible con la constitución, como también deben serlo los algoritmos que se diseñan para conseguirla.

Como hemos indicado anteriormente, existe una cierta incompatibilidad entre los algoritmos y la vertiente procesal de la democracia pluralista y del derecho constitucional, como proceso público, plural y participativo. Esa vertiente procesal es especialmente relevante en la configuración del sistema de fuentes, que debe responder a criterios forma-

les de participación, en sus distintos niveles, que reflejen el pluralismo social y político[26]. Pero también lo es en la actividad de la administración o en la jurisdiccional: en el debate interno en los órganos colegiados, en la diversidad de instancias, en institutos tales como el voto particular, en la necesidad de motivación. Todas estas condiciones formales definen *procesos que no pueden ser sustituidos por los algoritmos* sin afectar a los principios constitucionales.

1.1. Algoritmos y fuentes del derecho

La primera cuestión que se nos plantea en la relación entre los algoritmos y las fuentes del derecho es si realmente podemos hablar de los algoritmos como fuentes del derecho. Los algoritmos como tales son un instrumento técnico de procesamiento de datos, pero su resultado puede tener una configuración normativa. Pensemos, por ejemplo, en su uso en procesos de elaboración de normas para facilitar la labor normativa. O en los supuestos en los que el uso de algoritmos determina un marco resolutorio similar al que se produce en la aplicación de normas.

¿Son los algoritmos una nueva fuente del derecho? Para contestar a esta pregunta tendríamos que definir previamente cuándo estamos en presencia de una fuente del derecho que incorpore normas al ordenamiento jurídico. Desde mi punto de vista no son operativos a estos efectos ni el postulado de la generalidad de las normas ni el de la abstracción porque si bien ambos se configuraron históricamente, como indicara

26 Cfr. F. Balaguer Callejón, *Fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1991 y 1992.

N. Bobbio[27], como principios lógicos inherentes a las normas, en realidad respondían a una configuración ideológica destinada a garantizar la igualdad formal y la seguridad jurídica.

Una distinción operativa, a este respecto, es la de A. Pizzorusso[28]: son normas jurídicas aquellas que tienen efectos *erga omnes*, frente a todos (aunque no sean generales ni abstractas). Por el contrario, carecen de esa condición normativa los actos que tienen efectos *inter partes*. Hay que descartar, por tanto, que el negocio jurídico sea fuente del derecho por más que en el sistema kelseniano esa condición tenga sentido[29]. En principio no puede considerarse fuente del Derecho, porque limita sus efectos a las partes que lo suscriben, sin perjuicio de que para esas partes sea vinculante y esté jurisdiccionalmente garantizado.

Desde la percepción clásica de la generalidad de la ley, esta diferenciación puede causar perplejidad, especialmente si tenemos en cuenta las normas singulares[30] y las contrastamos con los contratos que las grandes compañías tecnológicas hacen suscribir a los usuarios de sus servicios digitales y que pueden alcanzar miles de millones de usuarios en todo

27 Cfr. N. Bobbio, *Teoria della Norma Giuridica*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1958, pp. 230 y ss.

28 A. Pizzorusso, *Delle Fonti del Diritto. Commentario del Codice Civile, art. 1-9*, Nicola Zanichelli Editore/Soc.Ed. Del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1977, pp. 15 y ss. Hay segunda edición de 2011.

29 Cfr. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, *cit*., p. 240.

30 Cfr. J.A. Montilla Martos, *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Civitas, Madrid, 1994.

el mundo (como es el caso de Facebook, YouTube o WhatsApp[31]). Sin embargo, desde una perspectiva jurídica lo que tenemos aquí es una relación *inter partes* en la que una compañía firma un compromiso con cada una de las personas que hacen uso de sus servicios, aunque esa parte del contrato sean casi tres mil millones.

En efecto, el régimen jurídico de ese contrato seguirá siendo el mismo que si se suscribiera entre esa compañía y un solo usuario. Por tanto, el régimen jurídico de los algoritmos que se diseñen en el marco de ese contrato, aunque afecten a miles de millones de personas, será también ajeno al ámbito de lo normativo, de las fuentes del derecho. Sin embargo, no podemos desconocer que estas compañías generan un espacio propio de vida, aunque sea virtual, una especie de "ecosistema" en el que se mueven miles de millones de personas diariamente bajo las condiciones que se definen en esos contratos.

Por otro lado, siendo los algoritmos un instrumento, su régimen jurídico no puede depender de la naturaleza de los procesos técnicos que realizan ni del código fuente en sí mismo considerado, sino del ámbito específico en el que se utilizan. Donde se plantea de manera más problemática ese uso es en el ámbito de la Administración Pública. Aquí es donde se desarrolla actualmente el debate sobre si los algoritmos son o no fuente del derecho, con diversidad de respuestas doc-

31 Cfr. https://backlinko.com/social-media-users

trinales[32]. Sea cual sea la respuesta a esa pregunta, hay que coincidir con Andrés Boix en que, si materialmente realizan las mismas funciones que los reglamentos, deben estar sometidos a las similares garantías[33].

32 Cfr., por ejemplo: José Joaquim Gomes Canotilho "Sobre a indispensabilidade de uma Carta de Direitos Fundamentais Digitais da União Europeia", citado; Agustí Cerrillo i Martínez "El impacto de la inteligencia artificial en el derecho administrativo ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?" en *La Administración al día*, *Estudios*, 9/5/2019, INAP; Andrés Boix Palop, "Los algoritmos son reglamentos: La necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones", *Revista de Derecho Público: teoría y método*, nº.1, 2020; Juli Ponce Solé "Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico", en *La Administración al día*, *Estudios*, 11/4/2019, INAP; Luis Arroyo Jiménez, "Algoritmos y reglamentos", en *Almacén del Derecho*, 25/2/2020. Por lo que se refiere al uso de algoritmos en los procedimientos administrativos, cfr. Isaac Martín Delgado, "La gestión electrónica del procedimiento administrativo", *QDL* 21, octubre de 2009 y, del mismo autor, "Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada", *Revista de Administración Pública*, núm. 180, Madrid, septiembre-diciembre 2009. En cuanto a los procedimientos judiciales, cfr. Goretty Carolina Martínez Bahena "La inteligencia artificial y su aplicación al campo del Derecho", *alegatos*, n. 82, México, septiembre/diciembre de 2012; Susana de la Sierra "Inteligencia artificial y justicia administrativa: una aproximación desde la teoría del control de la Administración Pública", en *La Administración al día*, *Estudios*, 12/3/2020, INAP. Cfr. igualmente, Javier de la Cueva, "Código fuente, algoritmos y fuentes del Derecho" *El Notario del siglo XXI*, Enero-Febrero de 2021.

33 Cfr. Andrés Boix Palop, "Los algoritmos son reglamentos: La necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones", *Revista de Derecho Público: teoría y método*, nº.1, 2020.

1.2. Algoritmos y derechos

Los problemas que plantean los algoritmos al sistema constitucional de derechos se extienden por una amplia relación de materias que afectan a un gran número de derechos constitucionales, ya sea mediante la utilización de los algoritmos ya sea mediante su propio diseño. En lo que se refiere a este último, se plantea de manera constante la cuestión de los sesgos y de su incidencia sobre los principios constitucionales que están orientados a promover la igualdad y a proteger a los grupos más vulnerables de la sociedad.

El argumento de que los sesgos son un reflejo de la realidad y que el diseño del algoritmo se limita a ajustarse a esa realidad carece de consistencia constitucional y resulta expresivo de la desatención permanente de los valores constitucionales por parte de las compañías tecnológicas. Esos sesgos son tan inaceptables como la realidad que reflejan[34]. Se podría decir que esa desatención es comprensible porque estas compañías trabajan en un ámbito global y no se les puede pedir que particularicen sus condiciones en virtud de las exigencias constitucionales y legales de países concretos.

34 Como se indica en el informe *Algorithms in decision-making*, del Science and Technology Committee (House of Commons), de 23 de mayo de 2018: "Algorithms, in looking for and exploiting data patterns, can sometimes produce flawed or biased 'decisions' –just as human decision-making is often an inexact endeavour. As a result, the algorithmic decision may disproportionately discriminate against certain groups, and are as unacceptable as any existing 'human' discrimination". Cfr. en: https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmsctech/351/35102.htm

La triste realidad, sin embargo, es que estas compañías tienen su matriz en el país con la constitución más antigua del mundo moderno y no han tenido la menor sensibilidad hacia esos valores constitucionales mientras que sí han modulado sus contenidos por voluntad propia en virtud de criterios que parecen inspirados en el código Hays. Es posible, por tanto, desde un punto de vista técnico, adaptarse a la realidad de los sistemas constitucionales de los países democráticos que comparten unos principios comunes, en términos generales.

El choque con la constitución es inevitable porque en el ordenamiento constitucional de los países democráticos, de manera expresa o implícita (a través, por ejemplo, de la formulación de las políticas públicas) existe un mandato de promoción de la igualdad y de prohibición de la discriminación. La constitución no es neutral frente a la realidad, sino que proporciona en mayor o menor medida, la base cultural y normativa para promover, por ejemplo, la igualdad entre mujeres y hombres. El diseño de algoritmos con sesgos que normalicen y perpetúen la desigualdad de género es, por tanto, contrario a la constitución y no debe ser permitida por el ordenamiento jurídico.

Por lo que se refiere a la utilización de los algoritmos, la lesión de derechos fundamentales es permanente y afecta a un gran número de derechos. Baste pensar en la extracción de datos a partir de la actividad en Internet de los usuarios, con la vulneración de un gran número de derechos, desde el secreto de las comunicaciones a la intimidad. Como el teléfono móvil se ha convertido en una especie de "anejo inseparable" del usuario, no hay espacio alguno de intimidad frente a la

extracción de datos por las compañías tecnológicas, incluyendo también a los "altavoces inteligentes" que se pueden activar por las compañías dentro del domicilio para recabar datos, con la excusa de mejorar la asistencia al usuario[35].

Pero los problemas más graves vienen después, con el uso que se les da a esos datos cuando se procesan por los algoritmos para enviar publicidad personalizada, dirigida individualmente en función del propio proceso de extracción de datos y, eventualmente, de los perfiles psicológicos que se han elaborado del usuario. El tránsito que realizara Facebook a la propaganda política subliminal personalizada hace algunos años marca el punto álgido de la afectación del completo sistema constitucional de algunos Estados, comenzando por su propio país de origen, Estados Unidos, en las elecciones presidenciales de 2016 (algo que, aparentemente, no se ha repetido en las elecciones presidenciales de 2020)[36].

¿Qué se puede hacer desde la constitución nacional para evitar esas lesiones masivas de derechos? Hasta ahora se ha hecho bien poco, ciertamente por la dificultad que tienen los

35 Cfr. D. Lynskey "'Alexa, are you invading my privacy?' – the dark side of our voice assistants", The Guardian, 9/10/2019: https://www.theguardian.com/technology/2019/oct/09/alexa-are-you-invading-my-privacy-the-dark-side-of-our-voice-assistants

36 Hasta donde conocemos y con los matices que habría que indicar: Cfr. Francisco Balaguer Callejón, "Inteligencia artificial, democracia y derechos", en: Willis Santiago Guerra Filho, Lucia Santaella, Dora Kaufmn, Paola Cantarini, *Direito e Inteligência Artificial: Fundamentos* - Volume 1, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2021.

Estados para controlar a compañías globales que se sitúan fuera de sus fronteras. Un problema previo es el de la naturaleza contractual de la relación entre la compañía que ofrece los servicios y los usuarios de los servicios. Se plantea aquí el problema, señalado por el Profesor Gomes Canotilho, de una *ciber-Drittwirkung* en las relaciones jurídico-privadas que se desarrollan a través de Internet[37].

La tendencia suele ser la de intervenir en estas cuestiones a través de la protección de los derechos del consumidor o de otros derechos, como la protección de datos, que se utilizan de manera instrumental. Esto es algo que se ha visto favorecido en los Estados miembros de la Unión Europea por la importante normativa europea en la materia. No parece haber, sin embargo, una conciencia clara de la necesidad de proteger los derechos fundamentales directamente, tal y como han sido configurados en la constitución.

Es comprensible que en un mundo cada vez más orientado a la economía y cada vez más condicionado por la globalización, los derechos del consumidor asuman un papel más relevante y se configure este título como un "refugio", un puerto seguro al que llevar los restos del naufragio de los derechos fundamentales reconocidos en la constitución. Es algo que hemos visto en España, por ejemplo, en relación con otros derechos constitucionales que, en los años más difíciles de la anterior crisis económica, se canalizaron a través de la pro-

37 Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho, "Das Constituições dos Direitos à Crítica dos Direitos", *Direito Público* No 7 – Jan-Fev-Mar/2005, p. 88.

tección de los consumidores, especialmente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea[38].

La transformación global de la economía, impulsada por el desarrollo tecnológico, ha provocado que la antigua "constitución económica" nacional, donde se ajustaban los factores productivos en el seno de la propia constitución, ya no tenga una capacidad real de ordenación de la economía. Lo mismo se puede decir en relación con la protección de los derechos de los trabajadores que, aunque sigue existiendo, se ve cada vez más debilitada por las condiciones económicas impuestas desde fuera del Estado. La integración supranacional no ha sido muy eficaz, desde esa perspectiva, para proteger al orden constitucional frente a los agentes globales.

La categoría central del sistema de derechos, en este nuevo contexto de disolución de la constitución económica, es el consumidor. Derechos que no se garantizan ya de manera eficaz con carácter general se les protegen a las personas en su calidad de consumidores o usuarios de sus titulares. No hay, por tanto, una fundamentación democrática y constitucional de los derechos sino esencialmente comercial, orientada a mantener la seguridad jurídica en el intercambio de mercancías y en la prestación de servicios. Algo que contrasta extraordinariamente con las condiciones de ejercicio de los demás derechos.

Entre los nativos digitales, particularmente, no existe una clara conciencia de pérdida en relación con derechos tales

38 Cfr. Augusto Aguilar Calahorro, "El sujeto de derecho en la sociedad del consumo: el ciudadano como consumidor", anteriormente citado.

como la intimidad o el secreto de las comunicaciones. De hecho, en la encuesta que mencionaba anteriormente hay un dato constante y muy inquietante en relación con la última pregunta que suelo hacer: ¿Quién ha leído alguna vez las condiciones de uso de las aplicaciones de Internet antes de aceptarlas? La respuesta: 0%, ni una sola persona de entre los nativos digitales (y seguramente muy pocas en las generaciones anteriores) sabe mínimamente a qué se compromete cuando contrata con las compañías tecnológicas.

En estas condiciones los únicos movimientos relevantes para limitar el daño a la privacidad vienen justamente de las propias compañías que, ya sea por promocionar su imagen, ya sea por dañar a la competencia o, si atendemos a sus declaraciones, porque realmente les preocupa el daño que están provocando a los derechos, están adoptando mecanismos que limitan las posibilidades de extracción de datos y de seguimiento de la actividad en Internet de los usuarios, como es el caso muy reciente de Apple y de Google[39].

39 Cfr. G. López Escalante, "Apple acorrala a Facebook por la privacidad de los datos y la publicidad personalizada" *CincoDías* 13/10/2020: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/09/25/companias/1601022719_152434.html Cfr. igualmente, M. Jiménez, "Apple y Google desatan la 'tormenta perfecta' en el negocio de la publicidad" *CincoDías*, 5/3/2021: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/03/04/companias/1614891002_466650.html y M. Jiménez, "Google promete acabar con las 'cookies' y el rastreo individual en internet para la publicidad" *CincoDías*, 3/3/2021: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/03/03/companias/1614799113_760776.html

La escasa preocupación de los nativos digitales por su derecho a la intimidad se explica en gran medida porque han sido "dopados" muy tempranamente por las compañías tecnológicas, con aplicaciones que están destinadas justamente a la exhibición pública y a la búsqueda de reconocimiento a través del uso de las redes sociales. Su cultura no tiene nada que ver con la de la constitución sino con una visión mercantil de sus propios derechos que se activa solamente cuando consideran que el producto que reciben es deficitario. Las propias aplicaciones de Internet, con las valoraciones permanentes de todo aquello que se utiliza, refuerzan esa percepción (ya sea en el ámbito de los restaurantes, hoteles, viajes o en cualquier otro).

Es desde luego, un paso más en la descomposición del orden constitucional, que se manifiesta también en el distinto valor que alcanza lo normativo en el plano de los derechos y de la política en relación con la economía. Como indica Shoshana Zuboff, algunas compañías tecnológicas como Facebook han contribuido a debilitar los fundamentos de la convivencia, que estaban asentados en un sentido común compartido basado en la confianza en las normas[40].

40 "Society renews itself as common sense evolves. This requires trustworthy, transparent, respectful institutions of social discourse, especially when we disagree. Instead, we are saddled with the opposite, nearly 20 years into a world dominated by a political-economic institution that operates as a chaos machine for hire, in which norm violation is key to revenue" Shoshana Zuboff, "The Coup We Are Not Talking About" *The New York Times*, 29/1/2021, p. 4: https://www.nytimes.com/2021/01/29/opinion/sunday/facebook-surveillance-society-technology.html

Se evidencia aquí de nuevo el deterioro de la constitución y de las normas frente a la economía y la tecnología, los grandes factores de legitimación del siglo XXI, que caminan ya por sus propias vías, desvinculadas de la idea de progreso y libertad que ha ido históricamente unida al constitucionalismo[41]. Lo que se puede situar fuera del Estado, en el ámbito global, se externaliza, como la propia "constitución económica". Lo que no se puede situar fuera del Estado, como la política, se denigra, se deteriora y se inhabilita para impedir que pueda funcionar adecuadamente y controlar a los factores económicos y a los agentes tecnológicos. Lo mismo cabría decir de los derechos constitucionales: los que no se pueden instrumentar y canalizar a la vertiente económica, para garantizar la seguridad del tráfico comercial, se ven desatendidos, vulnerados o desplazados.

El cambio civilizatorio que está suponiendo la transformación hacia la sociedad digital deja a la constitución en una posición muy difícil frente a los factores de poder que se están configurando en el nuevo orden global. No se trata solo de nuevas estructuras, procedimientos y técnicas en la sociedad digital, que podemos representar simbólicamente a través del algoritmo, cada vez más presente en nuestras vidas. Se trata también de nuevos paradigmas, de patrones culturales que están cambiando la forma de pensar y los valores que inspiran a nuestras sociedades.

41 Cfr. Francisco Balaguer Callejón, "Constitution, démocratie et mondialisation. La légitimité de la Constitution face à la crise économique et aux réseaux sociaux", anteriormente citado.

Estas transformaciones no son el producto del azar ni de un mero desarrollo tecnológico al servicio del progreso de las sociedades para contribuir al bienestar general. Por el contrario, se trata de nuevos factores de poder que están generando la destrucción de la política y un debilitamiento extremo de los valores y los derechos constitucionales. Los algoritmos no se diseñan a sí mismos: incluso dentro del marco del *machine learning*, alguien tiene que pensar para qué van a servir además de para cumplir su finalidad última, que es generalmente la de reportar beneficios económicos.

La creciente incompatibilidad entre la constitución y los algoritmos no es una cuestión técnica, sino *una construcción ideológica* compleja al servicio de un mayor beneficio de los grandes agentes globales de nuestra época. Reconstruir el orden requiere una "constitución del algoritmo" en el sentido no sólo de una digitalización de la constitución, sino también de una constitucionalización de la tecnología, inteligencia artificial incluida, que la ponga al servicio de la sociedad y controle los intereses económicos de las grandes compañías.

Esa constitución del algoritmo tendrá que reconfigurar la posición que los nuevos procedimientos deben tener en el sistema de las *fuentes del derecho*. Igualmente deberá reordenar el entero sistema de los *derechos fundamentales* para establecer una conexión directa entre los derechos constitucionales y las nuevas técnicas digitales. De ese modo se podrá evitar que los derechos fundamentales se vulneren masivamente o se conviertan en un mero accesorio de los derechos vinculados al mercado. El algoritmo no puede ser un título habilitante

para la lesión de los derechos. La constitución no puede seguir de espaldas a una realidad como la del mundo digital, en la que se desenvuelve ya una gran parte de la actividad económica y de la vida de las personas.

2. LAS RUPTURAS DE LA ERA DIGITAL

2.1. La ruptura de la unidad de la constitución como referente cultural

2.1.1. Juristas en el país de los algoritmos

En el mundo "analógico" la constitución es *el referente cultural* de la unidad del ordenamiento jurídico y de la unidad del poder político. La constitución, configura el Estado y lo simboliza al tiempo que define la identidad nacional común. Los derechos fundamentales que se reconocen en ella establecen un vínculo entre la ciudadanía y el Estado, así como una percepción común y solidaria de pertenencia a una comunidad política. Sin embargo, el mundo digital no forma parte de esa unidad porque define en gran medida *una realidad global* y basada en el derecho privado que escapa a la lógica de la constitución.

El mundo digital es un mundo regido por los algoritmos. Esos algoritmos regulan ya una gran parte de nuestra realidad, que es una realidad fragmentada, física y digital, lo que en sí mismo podría no ser un problema si la cultura jurídica en la que se basa la realidad digital fuera la misma que la

que inspira a la realidad física. Es decir, si la regulación de la realidad digital, aun siendo global y basada en el derecho privado, se fundamentara en principios y valores coherentes con los que se han establecido en la cultura constitucional, en la realidad física, en las constituciones "analógicas". En ese caso estaríamos ante vertientes que proyectan una misma cultura jurídica y entonces el Derecho "en el país de los algoritmos" sería algo razonablemente aceptable, porque estaríamos dentro de una realidad homogénea desde el punto de vista de la cultura jurídica.

Sin embargo, ocurre todo lo contrario, el país de los algoritmos actualmente *no es país para juristas* porque la realidad digital se inspira en principios muy diferentes de los que han fundamentado hasta ahora nuestra cultura jurídica y específicamente nuestra cultura constitucional. Esto lo podemos comprobar con algún ejemplo que nos evidencia la diferente posición que unos mismos hechos pueden tener en el mundo físico y en el virtual en relación con los derechos fundamentales y con los principios constitucionales. Pensemos en los supuestos de corrupción, cuando son objeto de atención por parte de las autoridades y de las compañías tecnológicas, representando cada una de ellas la distinta consideración de los hechos en el mundo físico y en el virtual.

La diferencia se manifiesta ya en el proceso previo de determinación de esos hechos. En el mundo físico se hará bajo las condiciones de la constitución. El conocimiento de los hechos está sometido a exigencias específicas para respetar el derecho al secreto de las comunicaciones: autorización judicial previa a la intervención, basada en indicios suficientes

que justifiquen el levantamiento del secreto de las comunicaciones. En el mundo virtual, por el contrario, las compañías tecnológicas tienen un acceso permanente e ilimitado a los datos, sin que existan restricciones garantizadas por la ley.

Se trata de un proceso de recolección de datos, por parte de las compañías tecnológicas, gestionado por algoritmos. Es decir, un proceso por el cual se leen nuestros correos, se oyen nuestras conversaciones en cualquier lugar, incluido el domicilio, y se utilizan todos los datos que se extraen de nuestra actividad en Internet ya sea mediante teléfonos móviles, a través del ordenador, o por medio de otros instrumentos tales como altavoces "inteligentes". Vemos ya aquí una ruptura de la cultura jurídica, una distorsión de los derechos en el mundo digital respecto del físico.

Pero, si atendemos al procesamiento de los datos, podemos ver como en el mundo físico, la constatación (con todas las garantías judiciales) de que determinadas personas se han lucrado indebidamente, daría lugar a su procesamiento y a la aplicación de las condenas penales correspondientes. La respuesta del ordenamiento jurídico a un caso de corrupción en el que se hayan obtenido lucros indebidos no puede ser otra que la de reprimir y sancionar esas conductas con el peso de la ley.

En el mundo virtual, sin embargo, esos mismos hechos, conocidos por las compañías tecnológicas a través de sus algoritmos (sin ninguna garantía judicial) tendrían una respuesta diferente. El interés de las compañías tecnológicas no estriba en reparar el daño social o impedir que se cometan nuevos delitos. Estas compañías viven de la publicidad. El 98% de los ingresos de Facebook, por ejemplo, proceden de la pu-

blicidad[42]. Por tanto, las cuestiones éticas o legales no son su prioridad, como tampoco el impacto social de sus aplicaciones y de sus algoritmos. La hipótesis más probable es que en el mundo virtual las personas corruptas de nuestro ejemplo reciban, por parte de las compañías tecnológicas, publicidad personalizada sobre los productos financieros en los que pueden invertir los lucros obtenidos ilegalmente.

Realidad física y virtual no son dos caras de una misma moneda o un *reflejo especular* de la segunda respecto de la primera. La realidad virtual tiene sus propias reglas, los algoritmos que la rigen no han sido programados para evaluar si hay o no corrupción o actividades delictivas de cualquier tipo[43], sino que están orientados simplemente a los datos que les ofrecen estos y otros comportamientos a efectos de la publicidad que tienen que vender. La cultura constitucional se estrella aquí contra el muro de los intereses económicos de las compañías tecnológicas. En el mundo digital esos datos no tienen ningún valor ético ni ninguna referencia jurídica previa, son meros datos que permiten obtener beneficios aplicándolos al mercado publicitario.

La frialdad del procesamiento de los datos por las compañías tecnológicas explica cómo funciona la cultura constitucional

---

42 Cfr. C. Galindo: "Las grandes tecnológicas consolidan su liderazgo tras dos años de pandemia", *El País*, 5 de febrero de 2022.

43 Ciertamente, no podemos desconocer que una programación de ese tipo resultaría todavía más incompatible con la constitución porque entonces la garantía del secreto de las comunicaciones requeriría de manera ineludible una autorización judicial para que las compañías tecnológicas tuvieran acceso a esos datos.

dentro de la realidad física en el ámbito estatal y del derecho público y en el ámbito de la realidad digital, porque el punto de referencia es completamente diferente. La constitución proclama valores y principios que están orientados al respeto y la garantía de los derechos fundamentales. Esto no tiene nada que ver con el mundo digital porque a las compañías tecnológicas les interesa únicamente la vertiente económica. El beneficio económico de las grandes compañías, que son las que están diseñando las aplicaciones de Internet y las redes sociales, condiciona el tipo de datos que extraen y la forma en que procesan esos datos a través de sus algoritmos.

2.1.2. Derechos y datos

Como indica Shoshana Zuboff, para las compañías tecnológicas no hay datos buenos ni datos malos, los datos son como el carbón para el minero: da igual que te ensucies las manos para extraerlos. Lo importante es que esos datos producen una rentabilidad y no los valoran desde una perspectiva ética[44]. Es decir, para estas compañías tienen el mismo valor las *fake news*[45] que la información veraz, porque ambas son

44 Estas compañías no tienen especial interés en la verdad o en los hechos, porque para ellas la verdad y la mentira son equivalentes, se trata simplemente de datos que consumen vorazmente: "asking a surveillance extractor to reject content is like asking a coal-mining operation to discard containers of coal because it's too dirty" Zuboff, S.: "The Coup We Are Not Talking About", cit., p. 4.

45 Cfr., sobre las fake news, Paulo Brasil Menezes, *Fake news: modernidade, metodologia e regulação*, Editora Jus Podium, Salvador, 2020. Cfr. igualmente, Andrei Ferreira Fredes, *Liberdade de expressão, direito à informação e redes sociais: regulação constitucionalmente adequada sobre a moderação de conteúdo na construção de um espaço virtual democrático e plural*, Tesis Doctoral, Porto Alegre, 2022.

simplemente datos que utilizan para su negocio. Ciertamente en esto último no puedo coincidir con la apreciación de Shoshana Zuboff porque sabemos ya perfectamente por las filtraciones a *Wall Street Journal* relacionadas con Facebook y la confirmación posterior por parte de una antigua empleada de la compañía[46], que lo que hacen estas compañías es potenciar los datos malos, de manera que utilizan y les interesan más las *fake news* que los datos buenos, porque con los datos malos consiguen mayor rendimiento económico al atraer en mayor medida la atención del público.

El resultado es que en la economía de datos se transforma la realidad y se hace una valoración distinta de los elementos de la realidad que nosotros valoramos desde la cultura jurídica. Esta transformación es muy relevante porque se genera una distorsión de los elementos presentes en la realidad, que son ordenados con criterios diferentes de los que se derivarían de los principios y valores constitucionales. El interés que determina esta ordenación es un interés económico, que no tiene nada que ver con la perspectiva jurídica que atribuye a la constitución la función de pacificar y resolver conflictos garantizando los derechos fundamentales.

---

46 Según la información del *Wall Street Journal*, Facebook encargó un informe interno para determinar si sería técnicamente posible cambiar los algoritmos que usa evitando así esa radicalización del espacio público. La conclusión fue que era perfectamente viable pero que la consecuencia sería una pérdida de ingresos por parte de Facebook, de manera que la decisión de la compañía fue no cambiar los algoritmos y continuar generando los mismos problemas en el espacio público. Cfr. Horwitz, J., Seetharaman, D. "Facebook Executives Shut Down Efforts to Make the Site Less Divisive", *Wall Street Journal*, 26 de mayo de 2020. Las informaciones procedían de Frances Haugen, que trabajaba entonces para Facebook y que denunciaría posteriormente, de manera pública, las prácticas de la compañía.

Esta distorsión afecta igualmente a los derechos fundamentales, que tienden a *convertirse en una mercancía*, en simples datos que como tales son utilizados desde el punto de vista económico y que, por tanto, no están vinculados a las referencias de valor que ordenan esos derechos en las constituciones analógicas[47]. Estamos ante una transformación que tiene que ver también con los efectos de la globalización y con la ruptura de la constitución económica nacional.

Estamos hablando de tendencias, no se trata de que el Estado esté totalmente desprovisto de capacidad en el ámbito de la constitución económica, pero la constitución económica nacional se rompe en el contexto global. Como hemos indicado anteriormente, la categoría fundamental ya no es el productor sino el consumidor, porque la economía se orienta al comercio y al consumo global. El consumidor es la categoría central en el ámbito de la globalización y esto afecta también a la sociedad digital porque gran parte de su actividad está orientada a la publicidad y a la venta de productos.

Además, en la sociedad digital la categoría fundamental de los derechos es la protección de datos, que se ha configurado como una especie de derecho comodín en torno al cual se agrupan otros muchos derechos del ámbito digital, de la misma manera que ha ocurrido con el derecho de los consumidores en el contexto de la globalización.

---

47 Cfr. Francisco Balaguer Callejón: "Los derechos constitucionales en el contexto global y digital. Transformación del sujeto y conversión en objeto", en: Rothenburg, W.C. (Organizador) *Direitos fundamentais, dignidade, constituição: estudos em Homenagem a Ingo Wolfgang Sarlet*, Editora Thoth, Londrina, 2021.

Un ejemplo de esto último lo hemos tenido con la crisis económica y con las intervenciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en favor del derecho de los consumidores, que ha permitido proteger, en algunos casos, el derecho a la vivienda. Pero ese derecho a la vivienda ya no está vinculado a principios constitucionales, como la dignidad de la persona, y a la configuración constitucional de los derechos. Por el contrario, su protección está vinculada a los derechos de los consumidores para garantizar la seguridad del tráfico jurídico.

En definitiva, los derechos que se están convirtiendo actualmente en los referentes de la globalización y del mundo digital, ya no son la manifestación de principios constitucionales. Su naturaleza cambia y se distorsiona, no se protege el derecho a una vivienda digna, sino que se va a reconocer ese derecho en función de una determinada configuración del derecho de los consumidores.

Vemos de nuevo como la realidad digital no es simplemente un reflejo de la realidad física, sino que distorsiona la realidad física y la acomoda a nuevas condiciones y, por tanto, la redefine de acuerdo con esas condiciones. Esto lo podemos apreciar igualmente en otros derechos como, por ejemplo, la libertad de expresión o el derecho a la información[48].

48 Cfr., las contribuciones de Anna Papa, Paolo Fusaro, Daniela Messina, Giacomo Palombino, Andrea Napolitano y Alessia Tomo en Anna Papa (Curatore), *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*, G. Giappichelli Editore, 2a ed. 2021.

En el contexto previo a la realidad digital, los medios de comunicación tradicionales estaban a disposición de las personas que querían informarse o expresar sus ideas y ejercer esos derechos en el ámbito de la configuración del espacio público de una sociedad democrática, que los medios de comunicación contribuían a construir de manera decisiva. Esas personas buscaban activamente la información en los medios de comunicación social, que contribuían a formar su percepción de la realidad.

En los ecosistemas digitales la información se suele recibir de manera pasiva, desagregada y seleccionada por los algoritmos, en función del historial en Internet de los usuarios. En estos ecosistemas, que se construyen a través de aplicaciones desarrolladas por las compañías tecnológicas, la libertad de expresión y la libertad de información se convierten en un dato más, en una parte de la economía de los datos. Se trata de entornos en los que tiene el mismo valor una información específica de gran interés o una opinión muy elaborada que la última foto que se recibe de un conocido o un video más o menos divertido.

El ámbito de lo personal y de lo social se mezclan y se confunden en un entorno en el que también practicamos juegos, nos reímos con cualquier información superficial, nos comunicamos con amigos o mostramos facetas de nuestra vida privada. En esos ecosistemas, la libertad de expresión y la información no tienen una entidad específica para la configuración de una sociedad democrática o de un espacio público, sino que, por el contrario, son *simplemente datos* exactamente igual que los demás y no tienen más

valor que los otros elementos que configuran el entorno digital[49].

2.2. La disociación entre realidad física y realidad virtual

2.2.1. La transformación de la realidad

Hay dos fenómenos que confluyen en las rupturas que se han generado en la era digital: la aceleración del tiempo histórico y la ampliación del espacio público. Estas dos transformaciones esenciales de las variables de tiempo y espacio han provocado el desarrollo de nuevos paradigmas, especialmente en los procesos comunicativos, que expresan una transformación de pautas culturales de gran alcance. La globalización no sólo ha acelerado el desarrollo tecnológico, sino que ha cambiado la relación de los seres humanos con las dimensiones de *espacio y tiempo* previamente conocidas. La progresiva ampliación de los espacios a nivel global ha producido una correlativa aceleración del tiempo. Estamos hablando, por tanto, de los parámetros esenciales en los que se han desarrollado movimientos, actividades e instituciones sociales que ahora se encuentran ante un contexto muy diferente del que los vio nacer.

No podemos ni siquiera intuir cómo se va a transformar el mundo en la era digital. Para empezar, hay muchos ámbitos en los que se están incubando innovaciones tecnológicas que superan las fronteras de lo conocido hasta ahora, como es el

49 Cfr. Francisco Balaguer Callejón: "The Impact of the New Mediators of the Digital Age on Freedom of Speech" anteriormente citado.

caso de la relación entre la mente y los dispositivos digitales. Algunos autores hablan de una transformación que marca una nueva época como la marcaron otros adelantos que supusieron una nueva relación del ser humano con su entorno social y natural, hasta el punto de afectar al desarrollo neurológico[50].

Desde una perspectiva constitucional, a la ruptura de la unidad de la constitución (entre constitución analógica y digital) se une una todavía más profunda como es la de *la ruptura de la realidad física sobre la que operaba el constitucionalismo*. Cuando hablamos de realidad estamos hablando, lógicamente de ámbitos de realidad que comparten unas condiciones estructurales propias. La realidad física no es igual que la digital y ambas confluyen en un mundo híbrido que las integra a las dos. La realidad híbrida está cada vez más presente en nuestras sociedades y en nuestros sistemas jurídicos.

La realidad digital se ha ido ampliando, comprimiendo a la realidad física o proyectándose progresivamente sobre esa realidad física. Nuevas pautas culturales y nuevos paradigmas se están desarrollando en un proceso de digitalización de la vida que parece no tener fin. Cada día se incorporan nuevos sectores a ese proceso, ocupando espacios que antes se movían exclusivamente dentro de una realidad física y que ahora forman parte de una realidad virtual.

La digitalización y el mundo híbrido que está generando ofrecen muchas vertientes que deben ser analizadas desde

50 Cfr. Nicholas Carr, *Superficiales: ¿Qué está haciendo Internet con nuestras mentes?*, Taurus, 2018.

una perspectiva jurídica. El Derecho se encuentra en un terreno en parte extraño a su lógica y debe ser consciente de los desajustes, de la falta de correspondencia que existe entre la cultura jurídica y la nueva cultura digital.

2.2.2. Realidad física y realidad virtual

En la nueva realidad híbrida que integra a la física y a la virtual, es necesario valorar en qué medida esta realidad dividida es compatible con la cultura jurídica que conocemos, con la cultura constitucional que hemos desarrollado en el Estado de derecho. Una valoración que debe extenderse a todas sus vertientes: a los derechos fundamentales, a la democracia, a la configuración del ordenamiento jurídico y a los procesos políticos y jurídicos que ordenan el pluralismo, principio vertebrador de la democracia constitucional.

Un análisis que debe tener en cuenta también la *relación dialéctica* entre las dos facetas de esa nueva realidad: *la física y la digital*. Es justamente esa interacción la que resulta más interesante desde el punto de vista científico, no sólo por el contraste entre ambas sino también por el modo en que la relación entre ellas puede condicionar el desarrollo de cada una y la configuración de la realidad híbrida que vamos a tener en el futuro.

Desde esa perspectiva, podemos apreciar de partida una diferencia esencial entre ambas realidades, desde un punto de vista jurídico, que nos interesa especialmente porque define el contexto en el que cada una de ellas se mueve. A riesgo de simplificar, se puede expresar del modo siguiente: la realidad física es una realidad estatal y sometida al derecho público,

mientras que la digital es una realidad global y sometida al derecho privado. Tenemos aquí dos asimetrías muy relevantes porque estamos hablando de dos realidades que no solamente son diferentes en lo que se refiere a su naturaleza. En efecto, el mundo virtual no se limita a reflejar una imagen especular del mundo físico, sino que, debido a la distinta configuración de los factores de poder y de las pautas culturales en cada uno de esos mundos, le otorga una configuración propia, *distorsionándolo y reordenándolo* en función, entre otras cosas, de los intereses de las compañías tecnológicas que están configurando ese mundo virtual.

La realidad digital no se limita a reflejar la realidad física, sino que la transforma, de tal manera que la cultura constitucional, los derechos fundamentales, la idea de democracia, el Estado de derecho y la propia configuración del ordenamiento jurídico, adquieren una dimensión diferente. Pensemos, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico, basado tradicionalmente en tres principios esenciales para garantizar la seguridad jurídica: unidad, coherencia y plenitud[51].

La realidad híbrida impide que el ordenamiento que hasta ahora conocíamos y que ordenaba el mundo físico sea un *ordenamiento jurídico unitario*. Una parte de esa realidad es global, sometida al derecho privado y no tiene nada que ver ya con el sistema de fuentes propio del Estado. No es posible reconducir a unidad, bajo un mismo principio rector, a esas dos realidades, la estatal y la global.

51 Cfr. Francisco Balaguer Callejón, *Fuentes del Derecho*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1991.

Tampoco la coherencia se puede realizar plenamente ya que hay conflictos entre el ámbito de la regulación privada de alcance global de la realidad virtual y el ámbito del derecho público estatal, del sistema de fuentes estatal. Conflictos que, de momento, no siempre pueden ser resueltos. Una de las dificultades que se plantean surge de la transformación del ordenamiento jurídico estatal derivada del liderazgo que estas grandes compañías tecnológicas, como agentes globales, están teniendo en el proceso de digitalización.

La nueva realidad híbrida está regulada, en su vertiente digital, por meras cláusulas contractuales que se sitúan en gran medida fuera del sistema jurídico estatal y que se mueven dentro de la esfera del derecho privado. La ampliación del *espacio público de tutela* de los derechos de la persona, que ha sido una de las conquistas esenciales de la cultura jurídica de nuestro tiempo, se ve ahora limitada (incluso en el nivel supranacional) por la configuración de un mundo híbrido en el que la vertiente virtual es, en gran medida, *una esfera libre de derecho.*

Tampoco tenemos un ordenamiento jurídico pleno, porque el Estado solamente regula una parte de la realidad, la realidad física, y la regula de una manera muy limitada. Por tanto, hay una parte de la realidad que no está sometida al Estado y el Estado no puede garantizar el principio de seguridad jurídica, que es un principio fundamental de nuestra cultura constitucional.

La seguridad jurídica es la base de la existencia misma del Derecho. Pero la seguridad jurídica es un principio que se realiza básicamente en el seno de los sistemas jurídicos na-

cionales porque requiere de una ordenación que equilibre los rasgos esenciales de esos sistemas antes mencionados: *unidad, coherencia y plenitud*. Como la mayor parte de las reglas que rigen la realidad virtual (esa parte cada vez más importante del mundo híbrido) son establecidas por agentes globales en una posición de predominio sobre las personas a las que van dirigidas, la capacidad del Derecho para garantizar la seguridad jurídica se ve muy reducida.

Así que estamos ante *un cambio de época*, una transformación esencial que afecta a la cultura jurídica y que hace que el sistema de fuentes del derecho se rompa o, cuando menos, *se fragmente*. Se trata de una configuración diferente de la de los ordenamientos jurídicos que hemos conocido hasta ahora, que eran estatales y en los que el sistema de fuentes permitía implantar el derecho estatal en todos los ámbitos.

Ahora se está consolidando una conformación diferente, con agentes globales que actúan en el marco del derecho privado y que, por tanto, no se someten a una ordenación estatal específica más que en ámbitos muy limitados. Naturalmente, estamos hablando de tendencias, no de un sistema ya acabado, aunque son tendencias que se van desarrollando y que rompen la realidad que hasta ahora se había disciplinado dentro del marco de una cultura constitucional homogénea y unitaria.

2.3. La destrucción de una percepción social compartida de la realidad

2.3.1. La jerarquización de los procesos comunicativos mediante algoritmos

Podemos observar una configuración distinta de la democracia y del Estado de derecho en los nuevos entornos comunicativos, porque los algoritmos que son desarrollados por las compañías tecnológicas no favorecen el entendimiento social, el consenso y los acuerdos que contribuyan a la estabilidad democrática. Esta es una cuestión extraordinariamente relevante porque los procesos comunicativos están actualmente controlados en gran medida por las grandes compañías tecnológicas, de manera que son esas compañías las que, a través de sus aplicaciones de Internet, *condicionan* los procesos democráticos y la incidencia que estos procesos pueden tener sobre el Estado de Derecho.

Para comprender la importancia que tienen actualmente estas compañías en la configuración de los procesos comunicativos, hay que tener en cuenta la transformación que se ha producido a partir de las aplicaciones de Internet, que han roto la lógica participativa de la web 2.0. La web 2.0 surgió en un momento en el que se pensaba que podía haber una profundización democrática a través de los blogs, por ejemplo, mediante la participación de cualquier persona que quería expresar su opinión en el espacio público[52].

52 Por más que, como indica Ingolfur Blühdorn, estas nuevas posibilidades ofrecidas por la técnica ofrecen un pobre efecto democratizador ya que actúan en un marco previo influido por las estructuras sociales y por la

Esa opinión era difundida en condiciones de igualdad con las otras opiniones de los otros blogs, de manera que se abría la posibilidad de apertura del espacio público a cualquier persona, sin intermediación de los medios de comunicación tradicionales. Ya no era necesario que la dirección de un periódico te aceptara un artículo de opinión, por ejemplo, o te publicara una carta al director. Podías acceder directamente a un público muy amplio sin mediador alguno.

Sin embargo, con la web 2.0 vinieron también las aplicaciones de Internet y las redes sociales diseñadas por las compañías tecnológicas, que cambiaron totalmente la configuración del espacio público. De su impacto sobre los procesos comunicativos podemos exponer aquí dos ejemplos muy significativos. El primero es el de un *blogger* iraní, Hossein Derakhshan, que tenía unos 20.000 seguidores cuando fue arrestado en Irán y condenado a varios años de cárcel, en el año 2008. Cuando salió de la cárcel, en 2014, todo había cambiado con el desarrollo de las redes sociales, así que se incorporó a Facebook, con un resultado muy pobre: su primer post obtuvo solamente 3 *likes*.

El motivo de ese impresionante descenso, de 20.000 a 3 personas que seguían sus mensajes, lo explica él mismo: el lenguaje html en el que se basaban los blogs, era descentralizado y abierto, al contrario que las aplicaciones de internet desarrolladas por las compañías tecnológicas: "hemos pasado de una forma no lineal de comunicación –con nodos, redes y enlaces– a una lineal, centralizada y jerárquica". Por tanto,

---

psicología social en el que incluso refuerzan la desigualdad política. Cfr. Ingolfur Blühdorn, *La democracia simulativa*. Temis, Bogotá, 2020, pp. 78-79.

ahora ya no es posible la participación directa, como en los inicios de la web 2.0 porque existen mediadores necesarios como son las grandes compañías tecnológicas que controlan los procesos comunicativos[53].

Otro ejemplo, más reciente, ha sido el del blog del expresidente Donald Trump, llamado *From the Desk of Donald J. Trump* creado como una alternativa a Facebook y a Twitter toda vez que fue expulsado de esas aplicaciones. El blog duró menos de un mes porque estaba teniendo muy poco público. Mientras Trump llegó a tener 88 millones de seguidores en Twitter, 32 millones en Facebook, y 24 millones en Instagram, su blog alcanzó solamente alrededor de doscientas mil interacciones[54]. En este caso estamos hablando de una figura conocida y seguida por 144 millones de personas que dejaron de seguirlo en Internet en cuanto cambió de entorno comunicativo, utilizando el blog frente a las aplicaciones de Internet de las que había sido expulsado.

Se evidencia aquí el poder enorme que tienen las compañías tecnológicas que controlan esas aplicaciones. Incluso un personaje como Trump, presidente cesante de los Estados Unidos, con posibilidades de ser nuevo candidato en las próximas elecciones presidenciales y una influencia política

---

53 Cfr. H. Derakhshan: "Soy bloguero y pasé seis años preso en Irán. Así veo internet ahora", en *El País*, 23 de agosto de 2015: https://verne.elpais.com/verne/2015/08/21/articulo/1440144333_222956.html.

54 Cfr. B. Zadrozny: "Trump's blog isn't lighting up the internet" May 11, 2021, nbcnews.com: https://www.nbcnews.com/tech/tech-news/trumps-blog-isnt-lighting-internet-rcna890.

extraordinaria en el partido republicano, fue condenado al ostracismo en relación con los procesos comunicativos que se desarrollaban en su país.

Vemos, por tanto, como las expectativas que llegaron con la web 2.0 no se han cumplido. Los ciudadanos no tienen capacidad real de participar en el espacio público por sí mismos, porque el alcance de esa participación dependerá de los algoritmos diseñados por las compañías tecnológicas en sus aplicaciones, cerradas y jerarquizadas. Estas compañías son *los nuevos mediadores* y su poder es muy superior al de los medios de comunicación tradicionales.

2.3.2. La configuración de los algoritmos por los nuevos mediadores

El problema democrático y constitucional no consiste en que haya nuevos mediadores que hayan sustituido a los anteriores en la realidad virtual, sino en el modo en que están realizando sus funciones de mediación, que no es en absoluto un mero reflejo de la que realizaban los anteriores en la realidad física de los medios de comunicación. La configuración de los algoritmos desde un punto de vista constitucional presenta grandes deficiencias de las que son conscientes las propias compañías tecnológicas, como hemos puesto de manifiesto anteriormente en relación con Facebook y la orientación exclusiva de sus algoritmos hacia el rendimiento económico, a pesar de que técnicamente podrían ser configurados de una manera menos dañina para el espacio público.

Esta opción de Facebook por el beneficio económico en detrimento de la democracia, el Estado de Derecho y los derechos de las personas no es irrelevante en ninguno de los

países en los que está presente. Pero resulta especialmente grave en aquellos lugares donde Facebook ha sido vehículo privilegiado del discurso del odio y ha contribuido a favorecer la violencia empleada contra las instituciones democráticas, como ha ocurrido en el asalto al Capitolio en Estados Unidos, o contra minorías étnicas a las que se ha perseguido como es el caso de Myanmar o Etiopía. De nuevo vemos las dificultades para que la cultura jurídica del mundo físico tenga su reflejo en el virtual ¿qué ocurriría si esto no se hiciera en el mundo virtual? ¿qué consecuencias tendría para alguien realizar estas actividades de promoción de la violencia en el mundo físico?

La posición de Facebook no cambió ni siquiera después de las últimas elecciones presidenciales norteamericanas: aunque expulsó a Trump de sus aplicaciones, al mismo tiempo, según un estudio que realizó *The New York Times* después de del asalto al Capitolio, promocionaba aquellos discursos que eran favorables a las opciones *trumpistas*.

En efecto, Facebook tuvo una actitud claramente contraria a Trump en relación con su intento de revertir el resultado electoral y pudo aparecer así ante la opinión pública como una compañía comprometida con la democracia y con los valores constitucionales. Sin embargo, sus algoritmos seguían potenciando una presencia pública masiva de las posiciones *trumpistas*, favoreciendo los discursos en los que se cuestionaba el resultado electoral y se defendía "parar el robo" que según Trump se había producido en las elecciones.

En la investigación realizada por *The New York Times*, personas que no habían tenido apenas eco en su actividad en

Facebook previamente, pasaron a tener miles de seguidores cuando comenzaron a difundir planteamientos relacionados con las posiciones *trumpistas*, gracias a los algoritmos de Facebook. Los algoritmos de Facebook estaban orientados justamente a promover en mayor medida este tipo de discursos para aumentar la atención del público e incrementar sus beneficios publicitarios[55].

Esta actitud de Facebook, la de por un lado contribuir a avivar el fuego a través de la configuración de sus algoritmos y por otro lado aparecer públicamente como quien intenta apagarlo adoptando medidas contra el pirómano, nos hace ver que esta compañía sigue moviéndose de una manera muy ambigua en su aparente compromiso con los valores democráticos y constitucionales estadounidenses. Si ese es su comportamiento en su propio país, cabe pensar que ese compromiso será todavía más débil en otros países y que posiblemente sus actividades de interferencia en el espacio público y en los procesos electorales se mantendrán en el futuro fuera de Estados Unidos[56].

Por lo demás, todo esto ha pasado sin que las consecuencias que tendrían que afectar Facebook y a sus dirigentes en el mundo físico se hayan trasladado al mundo virtual. La cultura jurídica que hemos desarrollado hasta ahora en un sentido civilizatorio, con una capacidad de pacificación de

55 Cfr. S.A. Thompson, C. Warzel: "How Facebook Incubated the Insurrection. Right-wing influencers embraced extremist views and Facebook rewarded them", en *The New York Times*, 14/012021.

56 Cfr. al respecto R. K. Nielsen, "Las plataformas tienen que decidir si todos sus usuarios globales son iguales", *El País*, 10 de noviembre de 2020.

los conflictos y de defensa de los derechos fundamentales y de la integridad y la vida de las personas, ha sido incapaz de responder a las actividades irregulares de Facebook en el mundo virtual, incluidas aquellas que han estado orientadas a desvirtuar procesos electorales, afectando a la esencia misma de la democracia.

Por tanto, hay un problema claro en la configuración de los derechos, la democracia y el Estado de Derecho en el mundo virtual, que es también un problema desde el punto de vista de la configuración del ordenamiento jurídico, ya que la conformación actual del mundo digital, que ha sido diseñada por las compañías tecnológicas, no permite que el Estado realice las funciones que realizaba previamente en el mundo físico en el marco de la constitución.

En realidad, los nuevos mediadores no promueven las posiciones extremas porque coincidan con la ideología de sus dirigentes, sino porque la inestabilidad que provocan favorece su *modelo de negocio*, basado en la publicidad y, por tanto, en el uso reiterado de las redes por los usuarios para poder vender más publicidad. Cuanto más atraigan la atención más dinero ganarán. A esa motivación se une una segunda igualmente importante, la de *bloquear la política* para evitar el control de sus actividades por los poderes públicos, de ahí que potencien a los movimientos populistas. Debilitar al Estado generando inestabilidad política forma parte de modelo de negocio a la vez que de su programa "político", que aplican favoreciendo a opciones ideológicas diferentes en cada país.

2.3.3. Los nuevos mediadores de los procesos comunicativos y la cuestión de la verdad en el espacio público

Entre los muchos elementos de tensión de los procesos comunicativos digitales destaca la incidencia de las *fake news* y la desinformación, que se ve favorecida por la configuración de los algoritmos diseñada por los nuevos mediadores. La información es una parte de la construcción social de la realidad. Pero la construcción social de la realidad es una obra colectiva, de manera que no es posible percibir los hechos sin una atribución de significado que viene condicionada por el contexto social y cultural. Esa atribución de significado es inevitable y condiciona nuestra concepción de lo que consideramos verdad, tanto en el plano de los hechos como en el de las representaciones, de las ideas, de la visión del mundo.

Para muchos millones de estadounidenses, de un hecho que es tan objetivo e incontrovertible como el resultado de un proceso electoral regido por normas preestablecidas y con instrumentos fiables de control, se ha derivado un resultado muy diferente al de la realidad. Para ellos, el hecho es que Joe Biden no ha ganado las elecciones, sino que se las ha robado a Donald Trump. Una deformación tan burda de los hechos no es algo nuevo, aunque su alcance e impacto requiere de un interés previo en construir una narrativa específica y tratar de imponerla en el espacio público.

La construcción de narrativas basadas en hechos falsos es algo que ha ocurrido con frecuencia en la historia, de tal manera que se puede hablar con Umberto Eco de una *forza del falso* por contraposición a la fuerza de la verdad que, sea a través de la mentira o por medio del error, ha sido el motor de muchos

acontecimientos históricos[57]. Antes del desarrollo de las redes sociales hemos podido ver ejemplos de estas narrativas, como es el caso de la guerra de Irak. Una gran parte de la sociedad americana tenía la certeza de que el motivo de la guerra de Irak era que los dirigentes de ese país disponían de armas de destrucción masiva. Posteriormente se supo que ese motivo había sido "fabricado" y que no se correspondía con la realidad[58].

En todo caso, aunque la desinformación generada a través de noticias falsificadas no sea algo nuevo en la historia, lo que sí es nuevo es la capacidad que tienen las redes sociales para convertir esas noticias falsificadas en tendencias mayoritarias en contextos democráticos, ocupando una parte fundamental del espacio público[59].

---

57 Cfr. Umberto Eco, "La forza del falso", en la recopilación del mismo autor *Sulla Letteratura*, Tascabili Bompiani, Milano, 2003, pp. 292 y ss. Para U. Eco, "il riconoscere che la nostra storia è stata mossa da molit racconti che ora riconosciamo come falsi deve renderci attenti, capaci di rimettere continuamente in questione gli stessi racconti che ora teniamo per veri, poiché il criterio della saggezza della comunità si fonda sulla vigilanza continua nei confronti della fallibilità del nostro sapere", p. 322.

58 Algunos ejemplos adicionales previos a la expansión acelerada de las redes sociales: "President Obama was not born in Kenya. President Bush did not have advance notice of the September 11 attacks. The predictions of astrology have neither scientific basis nor the capacity to forecast the future. AIDS was not created by white physicians and multinational pharmaceutical companies in order to reduce the size of the African and African American populations. The Holocaust is not a myth fabricated by Zionists and their supporters." Frederick Schauer, "Facts and the First Amendment", *UCLA Law Review*, Volume 57. Issue 4, April 2010; p. 897.

59 Cfr. G. Pitruzzella, "La libertà di informazione nell'era di Internet" en G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli. *Parole e potere: Libertà d'espressione*,

También es novedoso el hecho de que esas noticias se transmitan en un ámbito de privacidad e incluso de intimidad (por ejemplo, a través de WhatsApp) lo que potencia extraordinariamente su eficacia porque elimina la distancia frente al emisor del mensaje. Los nuevos mediadores ocultan esa función de mediación frente a los usuarios, a diferencia de los medios de comunicación tradicionales, porque la realizan dentro de un ecosistema complejo en el que la noticia o la información ocupan un papel marginal.

Desde un punto de vista constitucional, las noticias falsificadas están destruyendo el espacio público y alterando las condiciones estructurales de los procesos democráticos. Favorecen la fragmentación y radicalización y el acceso al poder de movimientos populistas poco respetuosos con las reglas democráticas.

Para comprender el potencial destructivo que tienen las noticias falsificadas podemos recurrir a una metáfora que proviene de un proverbio árabe según el cual la verdad era un espejo que cayó del cielo y al entrar en contacto con la tierra se fragmentó en muchos pedazos, de manera que cada persona tiene solamente un trozo de la verdad, un fragmento de ese espejo roto. La verdad no es, por tanto, algo que se puede conocer individualmente en su integridad sino el resultado de *una construcción colectiva*. Para poder conocer la verdad tenemos que poner en común cada uno de esos trozos.

---

hate speech e fake news. Italian Edition. Egea, 2017. Cfr. Igualmente, Paulo Brasil Menezes, *Fake news: modernidade, metodologia e regulação*, citado.

Esta metáfora nos explica el sentido de la *democracia pluralista*. Nos hace ver la necesidad de considerar las verdades de los otros no como algo que haya que excluir sino como algo necesario para conocer la verdad en toda su dimensión, para construir juntos una verdad común, a partir de la transacción, el consenso y el compromiso, que son elementos fundamentales de una democracia constitucional.

Sin embargo, en un mundo cada vez más controlado desde las redes sociales y las aplicaciones de Internet por las compañías tecnológicas, son estas las que tienen ahora la capacidad de decidir qué trozos de espejo, qué fragmentos de verdad (y cuáles no) van a tener presencia en el debate público, a través de sus algoritmos. No sólo eso, también pueden hacer que las noticias falsas o la posverdad, esto es, los fragmentos distorsionados, tengan una incidencia importante en el espacio público.

Teniendo en cuenta las condiciones de monopolio o de oligopolio en que estas compañías actúan en los procesos comunicativos, la idea de Holmes de que el libre mercado de las ideas debe hacer posible la imposición de la verdad, parece impracticable en las condiciones actuales, si es que alguna vez tuvo sentido[60]. Con la forma en que han desarrollado los

60 Como bien indica F. Schauer: "Once we fathom the full scope of factors other than the truth of a proposition that might determine which propositions individuals or groups will accept and which they will reject –the charisma, authority, or persuasiveness of the speaker; the consistency between the proposition and the prior beliefs of the hearer; the consistency between the proposition and what the hearer believes that other hearers believe; the frequency with which the proposition is uttered; the extent to which the proposition is communicated with photographs and other

procesos comunicativos en el mundo digital, los nuevos mediadores han generado una fragmentación y radicalización cada vez mayor del espacio público, en el que los distintos sectores sociales viven en auténticas burbujas que desconocen y niegan la verdad de los otros, en un proceso continuo de reafirmación de las propias convicciones[61].

El mercado de las ideas tuvo su reflejo en los años 80 en Estados Unidos en la crítica de la regulación de los medios de comunicación, al considerarla innecesaria porque el mercado sería por sí mismo la mejor garantía del interés público[62].

---

visual or aural embellishments; the extent to which the proposition will make the reader or listener feel good or happy for content independent reasons; and almost countless others– we can see that placing faith in the superiority of truth over all of these other attributes of a proposition in explaining acceptance and rejection requires a substantial degree of faith in pervasive human rationality and an almost willful disregard of the masses of scientific and marketing research to the contrary", F. Schauer "Facts and the First Amendment", cit., p. 909.

61 Cfr. Eli Pariser, *The Filter Bubble. What the Internet Is Hiding from You*, Penguin Books, 2011.

62 "This pro-market revolution in economic thought had major implications for media regulation. In the early days of the FCC, there was a presumption that the government was a guardian of public interest and that commercial interests on their own would not necessarily produce positive outcomes in terms of either efficiency or democratic control – hence the "public interest" mandate in the 1934 Communications Act (…) By the 1980s, however, this view had changed to one that held that largely unregulated media markets would best serve public interest and that state regulation did not serve a neutral "public interest" but was politically driven.", Francis Fukuyama and Andrew Grotto, "Comparative Media Regulation in the United States and Europe", en Nathaniel Persily and Joshua A. Tucker, *Social Media and Democracy*. Cambridge University Press, 2020, p. 211.

Una formulación que terminó generando una mentalidad más favorable a los monopolios en los medios de comunicación tradicionales, en la medida en que dificultaba la acción antitrust de la Administración. La acción pública debía centrarse en el bienestar de los consumidores desde la perspectiva de los precios y de la calidad[63]. El resultado sería una actitud mucho menos intervencionista[64] que no es de extrañar que se haya mantenido posteriormente, favoreciendo la consolidación de monopolios por parte de las grandes compañías tecnológicas.

63 "The pro-market revolution of the 1980s had consequences for the other form of possible state intervention: antitrust. Led by Robert Bork, Aaron Director, George Stigler, and others, a number of conservative legal scholars and economists began arguing for a much narrower understanding of the grounds on which the government could launch antitrust actions. Bork argued that the original Sherman Act envisioned only one standard for public concern, which was consumer welfare as measured by prices and/or quality.", Francis Fukuyama and Andrew Grotto, "Comparative Media Regulation in the United States and Europe", cit., p. 212.

64 "In contrast to its European counterparts, then, the United States by the early twenty-first century had taken a much more relaxed position than its European counterparts toward the regulation of legacy media. This was driven both by the explosion of bandwidth provided by cable and internet technology and by an ideological shift toward greater distrust of government regulation. The Europeans, facing similar pressures, have themselves backed away from pervasive state control over legacy media and permitted greater market competition, though their public broadcasters remain powerful players in many European countries", Francis Fukuyama and Andrew Grotto, "Comparative Media Regulation in the United States and Europe", cit. p. 213.

En tanto que monopolios, su incidencia sobre la libertad de opinión es determinante[65]. Resulta igualmente determinante su incidencia sobre la libertad de información porque las condiciones de monopolio en las que actúan estas compañías favorecen la eficacia de las narrativas basadas en hechos falsos o en realidades alternativas. Son, desde esa perspectiva, problemáticas para la libertad de información y para la construcción de una sociedad libre y plural que haga posible las condiciones que requiere la democracia constitucional, entre las que figura como un elemento esencial, como indica Paola Bilancia, la paridad de los participantes en el debate público[66]. Una paridad que se rompe con los hechos falsos, situando en una posición de superioridad a quienes promueven la contaminación del espacio público con la mentira respecto del conjunto de los ciudadanos.

Si la verdad es tan importante en cualquier relación social es porque sólo la verdad garantiza la realización de un principio esencial de igualdad en las relaciones sociales. La verdad es importante desde muchas perspectivas, pero quizás las más relevantes desde el punto de vista jurídico y social son la situación de desigualdad que genera cuando no se realiza plenamente y las consecuencias que esa desigualdad puede tener en relación con otros derechos y principios.

---

65 Como bien indican Fukuyama y Grotto "because the market for social media is less competitive, a decision to remove certain content is much more consequential than the decision of, say, *USA Today* not to carry it", *Ibídem*, p. 215.

66 Cfr. Paola Bilancia, "Crisi nella democrazia rappresentativa e aperture a nuove istanze di partecipazione democrática", federalismi.it -|numero speciale 1/2017, pp. 3, 9 y 15.

La mentira coloca en una posición de superioridad a quien la utiliza porque impide el pleno conocimiento de la realidad que afecta a los participantes en una determina relación social. De ahí que el conocimiento de la verdad sea una condición previa para garantizar la igualdad y, por tanto, un principio esencial en el plano social y también en el jurídico. *Sin verdad no hay igualdad*[67].

2.3.4. Las "fake news" en los diferentes contextos comunicativos: político, económico y tecnológico

Tecnología y economía han definido y siguen definiendo el contexto de los procesos comunicativos y de la libertad de expresión. La tecnología condiciona la configuración de esos procesos que, a su vez, pueden estimular el desarrollo tecnológico[68] y económico. Desde un punto de vista constitucional, ya hemos indicado que estos procesos no caminan ahora del lado de los principios y valores constitucionales como lo habían hecho históricamente en el mundo moderno hasta

67 Cfr. Francisco Balaguer Callejón, "Verità e certezza nel diritto e nella letteratura" en: *Arte e Limite. La misura del diritto*, a cura di Agata C. Amato Mangiameli, Carla Faralli, Maria Paolo Mittica, Aracne Editrice, Roma, 2012, pp. 241-242.

68 "Media and technology have always had a deeply intimate, symbiotic relationship. Advances in communications technology inevitably impact the development, distribution, and consumption of media. At the same time, consumer demand for content and new media experiences can in turn drive the market for new communications technology", Francis Fukuyama and Andrew Grotto, "Comparative Media Regulation in the United States and Europe", cit., p. 206.

el siglo XXI[69]. El debilitamiento del Estado y de la constitución, impulsados por la globalización, pone en cuestión a los sistemas democráticos y constitucionales. Los fenómenos de deterioro de la libertad de expresión tienen relación fundamentalmente con los procesos políticos en contextos democráticos. Son la manifestación de una involución democrática que afecta a las estructuras constitucionales y a los derechos fundamentales.

Resulta significativo, desde esta perspectiva, que esta máquina generadora de caos en la que se han convertido las redes sociales y el impulso que han dado al populismo en Estados Unidos, Brasil y otros países democráticos, se haya limitado a los circuitos políticos y no haya afectado al tráfico económico. Si aplicáramos la proliferación de *fake news*, el desarrollo de la posverdad y la "realidad alternativa" (*alternative facts*) al ámbito económico o al tecnológico, el colapso económico sería inevitable.

Tal y como se está configurando la libertad de expresión en el ámbito político no parece tener límite alguno, mientras que en el *ámbito económico y tecnológico* esos límites existen, de manera que la seguridad jurídica y la confianza en las normas se siguen respetando con carácter general. No hay tensión sobre la realidad ni se consienten las narrativas que puedan poner en peligro a las grandes corporaciones, a su rendimiento económico o a su capacidad de innovación tecnológica.

69 Cfr. Francisco Balaguer Callejón, "Constitution, démocratie et mondialisation. La légitimité de la Constitution face à la crise économique et aux réseaux sociaux", anteriormente citado.

Podemos establecer también aquí un paralelismo con la interpretación que se ha realizado de la Primera Enmienda en Estados Unidos respecto de los límites de la libertad de expresión en la medida en que se ha admitido una cierta regulación en la publicidad comercial, de manera que no quedaría protegida por la Primera Enmienda, a diferencia de la propaganda política y, en general, los debates políticos. El hecho de que la publicidad comercial no esté protegida por la Primera Enmienda en lo que se refiere a las afirmaciones falsas, a los hechos falsos que contiene, evidencia que en este ámbito sí hay un control de la falsedad factual, algo que no ocurre en el ámbito político al protegerse aquí especialmente la libertad de expresión de acuerdo con la interpretación que se le ha dado a la Primera Enmienda[70].

Ciertamente, la ausencia de protección de la esfera política en Estados Unidos respecto de la falsedad factual es algo que existía ya antes del desarrollo de las redes sociales y tiene que ver con esa interpretación extensiva que se ha realizado de la Primera Enmienda y la idea de que el mercado de las ideas podía corregir por sí mismo esa falsedad y hacer que prevaleciera la verdad[71]. Un planteamiento ciertamente muy fa-

70 Como indica Frederick Schauer: "although the existing doctrine is moderately clear with respect to the permissibility of restricting false or misleading advertising of securities or commercial products, the issue is different when we turn to questions of factual falsity in political debate", Frederick Schauer, "Facts and the First Amendment", cit. p. 913.

71 Para Frederick Schauer, una de las cuestiones que tienen que ver con los procesos comunicativos y que queda fuera de la Primera Enmienda es la falsedad fáctica: "One of these questions is that of the increasing acceptance of patent factual falsity, and it is a question whose economic, psychological, sociological, cultural, scientific, political, and policy di-

vorable para quienes tienen más capacidad e influencia para imponer su propia narrativa, con independencia de que esa narrativa esté basada en hechos reales o no.

Imaginemos por un momento que las afirmaciones falsas de Donald Trump en sus cuatro años de mandato, que según el Washington Post alcanzaron el número de 30.573,[72] se hubieran dedicado a generar inestabilidad en el ámbito económico y tecnológico, difamando de manera masiva a las grandes corporaciones estadounidenses, difundiendo noticias falsas sobre la bolsa de Walt Street o generando realidades alternativas acerca del funcionamiento de la economía norteamericana. Ahora la pregunta inevitable es ¿por qué la política sí y la economía no? ¿por qué se ha permitido bajar hasta niveles que serían inimaginables hace algunos años el nivel de la política norteamericana sin que la economía o la tecnología hayan sido objeto de los mismos ataques y de una actividad destructiva de la misma entidad?

---

mensions are far more important than the legal and constitutional ones. This may disappoint some lawyers and constitutionalists, but when they discover that the First Amendment they so properly cherish has done little to prevent the problem of widespread factual falsity, they may come to realize as well that the same First Amendment can also do very little to solve it. Just as neither the law nor the Constitution can be the cure to all of the policy problems of our day, neither can the First Amendment be the cure for all of the communications and informational problems of our day. Far more than First Amendment freedoms have created a society in which truth seems to matter so little, and far more than First Amendment freedoms will be necessary to do anything about it." *Ibídem*, p. 919.

72 Efectivamente, D. Trump llegó a acumular nada menos que 30.573 afirmaciones falsas o engañosas en sus cuatro años de mandato, de acuerdo con el trabajo de comprobación realizado por el *Washington Post*, a 24 de enero de 2021: www.youtube.com/watch?v=Jq5k LbR79.

Si las redes sociales y las agencias tecnológicas han dejado intactos los ámbitos económico y tecnológico habría que pensar que sería igualmente posible que hubieran evitado un deterioro de la política y de la democracia como el que se ha producido, no por el ejercicio de la libertad de expresión sino por la específica *configuración* que los nuevos mediadores han realizado de los procesos comunicativos en los entornos digitales.

Ciertamente, las compañías tecnológicas no son responsables de todas las deficiencias señaladas. Algunas de ellas estaban ya asentadas en mayor o menor medida en el espacio público. Sin embargo, lo cierto es que esas compañías no han corregido las tendencias negativas, sino que han contribuido a desarrollarlas y han generado nuevos problemas que tienen que ver con los ecosistemas de los entornos digitales regidos por algoritmos.

2.3.5. Los ecosistemas digitales como esferas libres de derecho y la destrucción de una percepción social compartida de la realidad

La realidad digital no solo es global y sometida al derecho privado, frente a la realidad física estatal y sometida al derecho público, sino que es también una realidad que distorsiona extraordinariamente la cultura constitucional en la que se ha basado hasta ahora la construcción de nuestras sociedades. Estamos ante un cambio de época, ante toda una transformación que afecta incluso a la propia percepción de la realidad. Para explicar esto tenemos que ver lo que está ocurriendo con la interferencia en los procesos comunicativos por parte de la de las grandes compañías tecnológicas, los nuevos mediadores de estos procesos.

En los ecosistemas desarrollados por las compañías tecnológicas, los nuevos mediadores ejercen un poder que no es estrictamente privado por cuanto ocupan y *monopolizan un espacio público*. Se trata de un poder soberano en su orden, comparable, en relación con ese entorno comunicativo, al de los Estados autoritarios sobre sus súbditos. Por un lado, pueden limitar la libertad de expresión hasta el punto de expulsar a los usuarios. Por otro lado, generan un entorno en el que la libertad de expresión, en lugar de contribuir al debate democrático y a la articulación del pluralismo, se convierte en un instrumento de división social y de radicalización que genera una especie de *monismo plural* en el que la incomunicación entre las diversas visiones del mundo es cada vez mayor. Un pluralismo de posiciones monistas que no reconocen a las demás y se autoafirman como las únicas posibles cada una de ellas.

Los nuevos mediadores desarrollan una capacidad extraordinaria de configuración de la narrativa sobre la realidad, que no tiene precedentes históricos. En los países democráticos los medios de comunicación tradicionales intentan influir en la narrativa predominante contribuyendo a la "construcción" social de la realidad. En los regímenes dictatoriales se puede hablar de "reconstrucción" de la realidad a la medida de los intereses del dictador o de la oligarquía dominante. En el nuevo contexto comunicativo de los países democráticos, del que el *trumpismo* ha sido un ejemplo paradigmático, se está evolucionando hacia la *destrucción* de la realidad, esto es, de una percepción social compartida de la realidad.

Los medios de comunicación tradicionales construían narrativas que podían adscribirse en mayor o menor medida a ten-

dencias políticas, aunque no necesariamente a opciones partidistas. Participaban así en la construcción social de la realidad. Los nuevos mediadores no construyen narrativas, sino que abren sus aplicaciones de Internet a todas las narrativas posibles, aunque privilegian –a través de sus algoritmos– a aquellas que promueven noticias falseadas y realidades alternativas, porque de ese modo consiguen más atención del público y obtienen más ingresos publicitarios. No reflejan la realidad de las sociedades en las que actúan ni operan como plataformas representativas de la libertad de expresión. Por el contrario, al potenciar las noticias falseadas y las realidades alternativas generan una fuerte *tensión sobre la realidad* que tiene un gran potencial destructivo.

Lo que los nuevos mediadores de la era digital están promoviendo realmente es inestabilidad e inseguridad. Las noticias falseadas conviven y compiten con las noticias reales, pero no las sustituyen en favor de una narrativa concreta que se imponga en el espacio público. La "realidad alternativa" convive con la realidad "auténtica", pero no la sustituye. Ambas narrativas compiten entre sí y ocasionalmente alguna de ellas podrá imponerse a la otra en el debate público o en las convicciones de las mayorías gobernantes que se formen. Entre el interés por distorsionar la realidad, transformarla y generar narrativas que favorezcan a una opción política concreta y el desinterés absoluto por la realidad y por cualquier tipo de narrativa y de su posible funcionalidad en favor de cualquier opción política, hay una diferencia importante.

Como hemos indicado, para los nuevos mediadores, las noticias y la libertad de expresión como tal, no son otra cosa

que datos dentro de su modelo de negocio. La difusión de noticias falsificadas no es una cuestión de ineficiencia en el control o de incapacidad moral para diferenciar lo falso de la verdad, sino de un interés específico en promover lo falso. No lo hacen en función de una motivación política específica (como ocurre en los sistemas dictatoriales) para imponer una narrativa concreta. La destrucción de la realidad no va necesariamente unida a la imposición de una "realidad alternativa", del mismo modo que la destrucción de la política no va unida a una formulación política alternativa.

De nuevo hay que insistir en que estamos ante unas tendencias que se van configurando e implantando. Obviamente, no se trata de que se haya destruido totalmente la visión social compartida de la realidad incluso en la forma en que la vemos a través de la realidad virtual. Tampoco se puede decir que los derechos hayan cambiado radicalmente ni que la democracia esté ya en un punto de no retorno o que el Estado de Derecho no se vaya a recuperar.

Lo que ocurre simplemente es que la *realidad híbrida* experimenta una fuerte tensión entre su vertiente física y su vertiente virtual o digital. Esa tensión se debe a que ambas expresan una *configuración diferente de la realidad*: la estatal basada en el derecho público y la global basada en el derecho privado y en los intereses económicos de las grandes compañías tecnológicas. La cultura jurídica no es permeable, no se traslada a todos esos ámbitos de la realidad tal y como la conocemos, sino que, mientras se encuentra en una situación cada vez más precaria en el ámbito de la realidad física (debido al avance continuo de la realidad digital) al mismo

tiempo se desenvuelve con gran dificultad dentro de la realidad digital.

El Derecho está sufriendo una distorsión permanente en los ecosistemas digitales creados por los nuevos mediadores de los procesos comunicativos que, tendencialmente, se están desarrollando como esferas "libres de derecho". Por tanto, es cada vez más necesario incorporar una regulación jurídica que haga posible en esos ecosistemas una cultura constitucional que permita que las personas que accedan a ellos sigan siendo personas libres, autodeterminadas y dotadas de derechos fundamentales.

Tenemos que intervenir en el ámbito de la realidad digital para que no se pierdan en ella los avances civilizatorios que hemos tenido en la cultura constitucional y jurídica de nuestro tiempo. Es necesario someter también a esa realidad digital a la configuración propia de nuestra cultura constitucional, basada en el Estado de Derecho, en la democracia y en los derechos fundamentales, de manera que no desaparezcan en el ámbito digital esos elementos referenciales tan importantes para la convivencia en nuestras sociedades.

La configuración de esferas libres de derecho en ámbitos en los que se ejerce el poder es *un retroceso civilizatorio*. Un elemento esencial de la cultura constitucional que conocemos es el control del poder para evitar los abusos y garantizar los derechos. Los ecosistemas digitales no pueden ocupar el espacio público y los procesos comunicativos de manera monopolística y pretender que sus actividades se sometan exclusivamente al derecho privado y a la libertad contractual.

2.4. La ruptura del contexto cultural de la constitución

2.4.1. Constitucionalismo y legitimidad de la constitución

A partir de la Revolución Francesa se consagra una idea de constitución que integra todas las legitimidades propias del mundo moderno. La constitución, en cuanto ley que rige la sociedad y la política, incorpora las características de un concepto de ley que, como indicara García Pelayo[73], procede de los desarrollos que se habían producido previamente en el campo de las ciencias naturales y que se pretenden aplicar a otros muchos ámbitos[74]. La ley –y la constitución en cuanto ley política fundamental– no es sólo la expresión de la voluntad general[75] y, por tanto, la máxima manifestación democrática, sino también la expresión de una racionalidad que le es inherente[76] y que refleja en el plano político las caracterís-

73 "El mismo papel que desempeña la ley científica en el mundo del espíritu lo desempeñará la ley jurídica en el mundo del Estado", M. García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, reedición de la 7ª edición de 1961, Alianza Editorial, Madrid 1984, p. 70.

74 Como indica I. Berlin, con el desarrollo de las ciencias naturales surge una nueva conciencia histórica que conduce a pensar que era posible no solo explicar el pasado sino también predecir el futuro, de tal manera que se sustituye ahora a la profecía ligada a la religión por la filosofía de la historia y la sociología. Cfr. I. Berlin, "The Bent Twig: On the Rise of Nationalism (1972), incluido en Isaiah Berlin, *Sobre el nacionalismo. Textos escogidos*. Editorial Página Indómita, Barcelona, 2019.

75 Art. 6 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789.

76 Recordemos que para J.J. Rousseau, "'il ne faut plus demander à qui il appartient de faire des loix, puisqu'elles sont des actes de la volonté

ticas de la ley científica[77]. En la constitución se entrecruzan la legitimidad científica, la democrática (en los términos en que se entiende la democracia en esa época, que no se pensaba incompatible con el sufragio censitario) y la que se deriva de su condición de instrumento de progreso y desarrollo (lo que incluye también la vertiente económica).

A lo largo de doscientos años (desde 1789 hasta 1989, por simplificar, en dos fechas que cambiaron el mundo) el constitucionalismo ha ido modulando, pero también reduciendo, el impresionante caudal de legitimidad que procedía de estas fuentes diversas. La primera de ellas, la científica, se perdió como consecuencia de nuevas corrientes filosóficas y nuevas realidades políticas que transformaron la noción de ley y de constitución[78]. La segunda, la democrática, se quebró con el

---

générale (…) ni si la loi peut être injuste, puisque nul n'est injuste envers lui- même", *Du contrat social ou Principes du droit politique*, 1762, Livre II, Chapitre VI.

77 Para García Pelayo, este concepto de ley, propio del primer constitucionalismo, "significa la expresión, en el campo jurídico de una actitud mental dominante en el siglo XIX, y que se esfuerza por encuadrar bajo la ley todos los posibles campos del espíritu", Cfr. *op. cit*., pp. 68 y ss.

78 La percepción determinista de la historia derivada del carácter *científico* de la ley terminaría por romperse con la formulación de K. Popper. Lo que hace Popper es cuestionar ese determinismo, que no puede impedir una evolución democrática por sus propios medios de la sociedad, a través de un principio de responsabilidad individual: "Ni la naturaleza ni la historia pueden decirnos lo que debemos hacer. Los hechos, ya sean de la naturaleza o de la historia, no pueden decidir por nosotros, no pueden determinar los fines que hemos de elegir. Somos nosotros quienes le damos una finalidad y un sentido a la naturaleza y a la historia", K.R. Popper, *The Open Society and is Enemies*, 1945, versión española, Paidós, Barcelona,

sufragio censitario y terminaría por ahogarse en la marea de los fascismos durante el período de entreguerras. Se recuperaría, sin embargo, con la refundación del constitucionalismo que supondrían, después de la Segunda Guerra Mundial, las constituciones normativas.

En todo caso, la pérdida de la legitimación científica será sólo parcial, porque se mantiene a través de la idea de progreso, que no será ajena a las constituciones normativas. Del mismo modo, esa idea de progreso se canalizará a través de la constitución económica y de la ordenación de las relaciones entre trabajo y capital que en ella se contiene. Desde esa perspectiva, la legitimidad económica será una constante, a pesar de las sucesivas crisis, que se resuelven dentro del marco constitucional y no son percibidas, hasta la última de ellas, ya en el siglo XXI, como crisis sistémicas para el constitucionalismo.

En términos generales bien se puede decir que la constitución se ha considerado hasta el siglo XXI, pese a la pérdida de esa legitimidad "científica" de origen, como un instrumento de progreso, de avance civilizatorio, unido al desarrollo técnico y económico, a través de las tres funciones esenciales que ha cumplido hasta ahora. Dos de ellas procedentes del constitucionalismo francés: la garantía de los derechos y el control del poder, a las que se une la condición normativa, procedente del constitucionalismo alemán e italiano: la canalización de los conflictos sociales fundamentales a través del Derecho.

1989, pp. 489-490. Para Popper el historicismo "trata de desplazar nuestra responsabilidad hacia la historia" porque "el historicismo nace de la falta de fe en la racionalidad y la responsabilidad de nuestros actos", p. 490.

En el contexto de la democracia pluralista, la constitución va a añadir una nueva legitimidad que sustituye, en alguna de sus vertientes, a la legitimidad científica que se le atribuía inicialmente, en cuanto expresión de una razón universal y abstracta. Esa nueva legitimidad es la jurídica, la del Derecho, y en ella confluyen también las dos condiciones previas de legitimación del constitucionalismo procedentes de la Revolución Francesa: la garantía de los derechos y el control del poder. De la diversidad de razones y de credos surgirá el consenso fundamental que da lugar a las constituciones normativas[79]. Una de las funciones esenciales de la constitución consistirá justamente en preservar esa diversidad, garantizar la pervivencia del pluralismo político, que es, en el ámbito de la sociedad, lo mismo que la biodiversidad en el de la naturaleza.

Así pues, frente a la legitimidad científica, la jurídica; frente a la democracia censitaria, la democracia pluralista; frente a la economía del *laissez faire*, la constitución económica. Así podría seguirse en muchos otros ámbitos: frente al Estado liberal, el Estado social; frente al Estado legal de Derecho el Estado Constitucional de Derecho, etc. Pese a todos estos cambios y las modulaciones que suponen, puede decirse que las fuentes de legitimación del constitucionalismo de las constituciones normativas siguen siendo esencialmente las mismas que las del primer constitucionalismo: la consti-

79 Sin que el derecho pierda su racionalidad, pues como bien indica Enrique Guillén, el derecho no puede situarse al margen del discurso racional. Cfr. Enrique Guillén López, "Derecho constitucional y postmodernidad" en Francisco Balaguer Callejón (Coord.) *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 317.

tución acompaña el progreso científico y económico de las sociedades y lo hace posible a través de la pacificación y la estabilidad que conlleva el Derecho.

La creencia en la constitución como factor de transformación y de progreso capaz de propiciar los proyectos de desarrollo personales y sociales seguirá siendo, por tanto, una constante hasta que estalló la última crisis económica. Pensemos por ejemplo en la Declaración de Independencia norteamericana de 1776 cuando expresaba que "*We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happines*".

Todavía en el Proyecto de Tratado Constitucional en Europa de 2004 se afirmaba en su Preámbulo: "*Convinced that, thus 'United in diversity', Europe offers them (the peoples of Europe) the best chance of pursuing, with due regard for the rights of each individual and in awareness of their responsibilities towards future generations and the Earth, the great venture which makes of it a special area of human hope*". La "felicidad" y "esperanza" expresan algo más que la legitimidad que puede ofrecer el Derecho o la Política. Implican una legitimidad que trasciende a esos ámbitos y se extiende al conjunto de la sociedad y a la vida de las personas, en la que la constitución forma parte de los referentes culturales que definen la civilización y el progreso de la Humanidad.

Sin embargo, las nuevas legitimidades que se están desarrollando de manera especialmente rápida e intensa en el siglo XXI ya no caminan necesariamente de la mano del constitucionalismo. Por el contrario, lo hacen al margen de la constitución, como un *sistema cerrado* con su propia lógica, capaz

de modular ("reformar" materialmente, se podría decir) el sistema constitucional o incluso de enfrentarse a él y someterlo a sus requerimientos. Eso ocurre tanto con la *legitimación económica* cuanto con la *tecnológica*[80] que, por lo demás, tienden a converger entre ellas. En ambos casos se construye incluso un vocabulario propio que tiene una dimensión política y que expresa una visión específica del mundo a través de la cual se pretende condicionar e incluso vertebrar el orden constitucional.

2.4.2. Un entorno cultural hostil al constitucionalismo

El ritmo acelerado que la globalización adquiere en el siglo XXI va a suponer una transformación esencial en el sistema de legitimidades que habían definido previamente la relación del constitucionalismo con sus referentes culturales y sociales. Previamente, a partir de 1989, se produce un cambio histórico con la desaparición de la alternativa teórica al capitalismo que suponía el bloque soviético teniendo en cuenta la previa adaptación a sus postulados de otros sistemas comunistas, como es el caso de China.

La evolución del capitalismo hacia fórmulas cada vez más autistas de acumulación de capital, representadas por el pre-

80 Como indica Eloy García López, "La autonomía de los procesos tecnológicos que aparece cuando los instrumentos creados artificialmente por el saber humano se hacen independientes de cualquier referente que no sean ellos mismos, es una consecuencia de la renuncia del hombre a imponer políticamente puntos materiales ajenos a la técnica que sirva como instrumentos de control para valorarla y hacerla dependiente". Eloy García López, Prefacio a Ingolfur Blühdorn, *La democracia simulativa*. Temis, Bogotá, 2020, p. XXXVIII.

dominio en la economía del sector financiero, va a estar también en el sustrato de esta transformación. La acumulación de capital deja de ser un instrumento orientado a la creación de empresa y se va a convertir en un fin en sí mismo. El incremento del precio de las materias primas, especialmente del petróleo, va a contribuir a esa orientación con la formación de grandes fondos de inversión con una finalidad puramente especulativa. El capital se desvincula del trabajo y gana autonomía en el contexto de la globalización, con la libertad de circulación de capitales y la deslocalización de la producción.

La desvinculación del capital respecto del trabajo va a suponer también su desvinculación del Estado y, en última instancia, de la constitución estatal. La integración supranacional europea, la más avanzada, no está todavía en condiciones de hacer frente a esta evolución porque se encuentra en un momento crítico, a mitad de camino, con una integración monetaria que no ha ido acompañada de la transferencia de las políticas económicas a la Unión Europea.

Si el Estado no sirve ya de freno al predominio de la economía sobre la política y la constitución, la Unión Europea no está todavía en condiciones de poner límites a la creciente orientación financiera de la economía y al poder de los especuladores a nivel global, que se manifiesta dentro de los propios Estados, determinando sus políticas públicas y afectando a sus sistemas constitucionales.

La constitución económica surgió como un instrumento de *composición de equilibrios* en el seno del Estado y de la constitución estatal, pero no puede hacer frente a los poderes económicos que se sitúan fuera del Estado. Para esos poderes,

la constitución económica no es más que un obstáculo, que debe ser desactivado para que no suponga una merma de la rentabilidad de sus inversiones.

Las primeras señales del cambio en las condiciones económicas y culturales de la constitución llegarán con la crisis financiera de 2008, que va a generar una nueva legitimidad, la de la "economía", que ya no va a someterse a las condiciones definidas en la constitución económica, sino que pretende transformar esas condiciones e incluso las del conjunto de sistema constitucional. La nueva legitimidad económica (vinculada a una pretendida legitimidad "científica" de la economía como disciplina) se enfrenta directamente con los fundamentos del orden constitucional y altera sus rasgos esenciales, desfigurándolo.

Esa nueva legitimidad no se limita a transformar la constitución económica, rompiendo el equilibrio entre capital y trabajo y estableciendo nuevas reglas de ordenación de la economía. Por el contrario, pretende interpretar la constitución entera *en clave económica*, sometiendo al filtro de su propia legitimidad todos los enunciados constitucionales. Aquello que sea compatible con las políticas económicas previamente definidas será constitucionalmente aceptable. Lo que no lo sea deberá quedar en suspenso a favor de esas políticas económicas. Y en suspenso quedaron en algunos países todos los elementos configuradores de las constituciones normativas durante la crisis financiera: desde la democracia pluralista hasta los derechos fundamentales, pasando por la división de poderes, los derechos sociales, la descentralización política o la propia normatividad de la constitución.

La "interpretación económica de la constitución"[81], que se impuso durante la crisis, va a exigir el dominio de la economía sobre el sistema de legitimidades en que se habían basado las constituciones normativas. La economía se impone sobre la democracia porque si esta no permite garantizar el crecimiento económico no se considera una auténtica democracia. Se impone también sobre el Derecho porque las reglas jurídicas que han garantizado el Estado de Derecho deben soslayarse para facilitar la recuperación económica. La economía exigiría también dejar a un lado los derechos fundamentales y sociales si era necesario para facilitar la salida de la crisis.

La economía conlleva también la transformación de la división de poderes si es requerida por las condiciones de urgencia económica. La economía obliga a relajar el control del poder en la medida en que sea conveniente para superar la crisis. Por último, siempre partiendo de esa "interpretación económica de la constitución" que se impuso durante la crisis financiera, la economía puede provocar el desplazamiento de la constitución para superar los obstáculos que la constitución supone frente a las políticas económicas.

2.4.3. La tecnología como factor cultural

La legitimidad basada en el progreso ha sido una constante en la historia de la Humanidad y un factor cultural específi-

81 Cfr. Francisco Balaguer Callejón, "Crisis económica y crisis constitucional en Europa", *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 98, Mayo/Agosto de 2013 y Francisco Balaguer Callejón: "Una interpretación constitucional de la crisis económica", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, N.º 19, Enero-Junio de 2013.

camente unido al constitucionalismo moderno. La globalización puede haber cambiado algo los términos de esa relación en la medida en que ha potenciado la inseguridad y la incertidumbre. Sin embargo, la idea de progreso sigue existiendo como un instrumento de legitimación esencial. Una idea de progreso que está muy relacionada con los adelantos científicos y tecnológicos, porque en el contexto de la economía capitalista la legitimidad tecnológica va unida en gran medida a la económica. La economía condiciona también la orientación y la evolución del desarrollo tecnológico. Sin embargo, existe una autonomía funcional de la tecnología sobre la economía en la medida en que, desde el punto de vista constitucional, se enfrenta con voz propia a los obstáculos que pueden suponer los derechos constitucionales o los límites jurídicos derivados de la constitución.

Ciertamente, frente al optimismo revolucionario que se encontraba en el primer constitucionalismo, cuando constitución y ciencia confluían en el deseado progreso de la sociedad, siendo la primera una manifestación de la razón universal al igual que la segunda, muchos de los descubrimientos científicos del siglo XX avanzaron ya el carácter nefasto que podía tener la ciencia no sólo para el progreso sino para la mera supervivencia de la humanidad.

Pero las condiciones históricas en las que muchos de esos adelantos se fraguaron, bajo regímenes totalitarios o en plena situación de guerra de sistemas democráticos, no hacían pensar en una contradicción esencial entre el constitucionalismo y el desarrollo científico y tecnológico. Naturalmente, una cierta tensión es inevitable, pero esa tensión se ha resuelto

generalmente dentro de los términos del orden de valores y principios constitucionales. Los propios sistemas constitucionales se han transformado en lo necesario para hacer frente a los nuevos desafíos que planteaba el desarrollo científico, preservando así los derechos constitucionales.

Lo que está ocurriendo en el siglo XXI, en el contexto de la globalización, es que están cambiando todos los términos del juego político y constitucional, como consecuencia del desarrollo tecnológico[82]. Como hemos indicado anteriormente, la globalización no sólo ha acelerado el desarrollo tecnológico, sino que ha cambiado la relación de los seres humanos con las dimensiones de espacio y tiempo previamente conocidas.

Eso es lo que ocurre con el constitucionalismo. Su *relación genética* con el espacio y el tiempo es muy diferente de la que se ha generado en el contexto de la globalización. Por lo que se refiere al *espacio*, el constitucionalismo moderno ha estado vinculado históricamente al Estado. Surge históricamente como un movimiento que intenta limitar y controlar el poder del Estado y se ha ido adaptando a los cambios sociales y políticos siempre dentro de ese nivel del Estado nacional. La proyección del constitucionalismo en el nivel supranacional está generando transformaciones importantes tanto en lo que

82 En palabras de D. Rousseau, "Au-delà même de la question du numérique, ce qui se joue en ce début de siècle, c'est la fin d'un monde fabriqué au xixe siècle et relookée au xxe.", Dominique Rousseau, "Le numérique, nouvel objet du droit constitutionnel", *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017/4 N° 57, p. 9.

se refiere al concepto de constitución cuanto a los propios Estados nacionales y sus sistemas constitucionales internos[83].

Pero, más allá de esas transformaciones, que podrían dar lugar en el futuro a una revitalización del constitucionalismo en la esfera supranacional, lo cierto es que muchas de las funciones que la constitución podía cumplir en el seno del Estado resultan hoy en gran medida ineficaces frente a los grandes agentes globales[84]. En particular, esta ineficacia resulta evidente frente a los especuladores financieros y a las compañías tecnológicas, que actúan a nivel global y que no encuentran freno alguno en las políticas o las legislaciones estatales.

Por lo que se refiere específicamente al espacio público nacional, que era el ámbito en el que el constitucionalismo se había desarrollado hasta ahora, los cambios que el desarrollo tecnológico está introduciendo, especialmente a través de las redes sociales y las aplicaciones de Internet, son igualmente

83 Cfr. Francisco Balaguer Callejón, "El Tratado de Lisboa en el Diván. Una reflexión sobre constitucionalidad, estatalidad y Unión Europea", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 83, mayo-agosto de 2008 y Francisco Balaguer Callejón "Constitución y Estado en el contexto de la integración supranacional y de la globalización", en Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro, Luis Raúl González Pérez y Diego Valadés (Coordinadores), *Estado constitucional, Derechos humanos, Justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, UNAM, México, 2015, Tomo IV, Volumen 1, páginas 197-211.

84 En palabras de D. Rousseau, "La nouvelle civilisation du numérique signe, en effet, la fin de l'État souverain national, la fin du contrôle de l'État sur l'économie et la société", op. cit., p. 9.

muy relevantes[85]. La fragmentación progresiva del espacio público que se está generando o, cuando menos, potenciando por las compañías tecnológicas a través de los algoritmos que diseñan para sus aplicaciones de Internet, dificulta la posibilidad de conseguir consensos sociales amplios destinados a ordenar de manera global el conjunto de la sociedad por medio de instrumentos constitucionales.

La afectación de los derechos a través de las redes sociales y de las aplicaciones de estas compañías es otra de las vertientes en las que el desarrollo tecnológico tensiona el armazón constitucional nacional. Pero la más relevante se manifiesta actualmente en la propia calidad democrática del Estado debido a la actividad de manipulación electoral que han desarrollado algunas compañías tecnológicas que gestionan redes sociales en procesos electorales recientes. Las aplicaciones de las compañías tecnológicas están desvirtuando las condiciones del juego democrático con la utilización de propaganda

85 Ciertamente, no es posible valorar esos cambios solamente desde una perspectiva negativa pues, como indican Julien Bonnet y Pauline Türk, "Les technologies numériques n'étant qu'un outil, c'est la façon dont elles vont être utilisées, développées et encadrées qui déterminera, dans l'avenir, leurs effets bénéfiques ou délétères, à moyen et long terme, sur la démocratie", J. Bonnet y Pauline Türk, "Le numérique : un défi pour le droit constitutionnel"*Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017/4 N° 57, p. 18. Para valorar esos efectos, habría que diferenciar también, como hace Coralie Richaud, entre la práctica colectiva y la individual en las redes sociales. Cfr. C. Richaud, "Les réseaux sociaux : nouveaux espaces de contestation et de reconstruction de la politique ?, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017/4 N° 57, pp. 29-44.

subliminal personalizada a través de los perfiles psicológicos que crean mediante algoritmos[86].

En cuanto al *tiempo*, el nuevo ritmo que va marcando el desarrollo tecnológico ha generado una percepción del tiempo que resulta incompatible con algunos de los rasgos históricos del constitucionalismo. Pensemos, por ejemplo, en los procesos constituyentes, con su vocación de establecer normas fundamentales estables con capacidad de integración política y social. La inmediatez en la respuesta a los problemas políticos y sociales, que es una característica específica del espacio público que se está generando a través de las redes sociales, hace difícil pensar en los términos en que se han desarrollado tradicionalmente los procesos constituyentes o de reforma constitucional. El tiempo de las constituciones, tal y como las hemos conocido hasta ahora, no es coherente con las características del espacio público que se ha configurado desde hace pocos años a través de las redes sociales[87].

---

86 Cfr. Mark Scott, "Cambridge Analytica helped 'cheat' Brexit vote and US election", *Politico*, 29/3/2018:https://www.politico.eu/article/cambridge-analytica-chris-wylie-brexit-trump-britain-data-protection- privacy-facebook/. Cfr. igualmente, Niall Ferguson, "Social networks are creating a global crisis of democracy", 2018: https://www.theglobeandmail.com/opinion/niall-ferguson-social-networks-and-the-global-crisis-of-democracy/article37665172/

87 Por más que las redes sociales ofrezcan también posibilidades de participar en los procesos constituyentes y en los legislativos. Cfr. sobre la primera cuestión, Eric Sales, "La transformation de l'écriture de la Constitution, l'exemple islandais", *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017/4 N° 57, pp. 45-57 y sobre la segunda, Ariane Vidal-Naquet, "La transformation de l'écriture de la loi : l'exemple de la loi sur la République numérique" *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017/4 N° 57, pp. 59-68.

La globalización va a generar una estructura nueva, un contexto nuevo, una forma de pensar nueva. Eso lo podemos ver comparando el pensamiento de Popper con el de Bauman: la sociedad abierta frente a la sociedad líquida[88]. Lo que para Popper era una oportunidad, es decir, este recuperar las fuerzas propias frente al determinismo, este sentido de la responsabilidad personal, la propia incerteza que tenemos sobre la historia, el hecho de que la historia no esté escrita y dependa de nosotros[89], para Bauman, describiendo la sociedad líquida y los problemas que tiene actualmente en el contexto de la globalización, se ve con inquietud, se entiende como una amenaza, que la sociedad percibe como tal y que le hace sentir inseguridad.

Para Bauman la incerteza es el problema fundamental de la sociedad líquida y no es superable a través de la razón o la responsabilidad personal[90]. Es el signo de una época en la

88 Cfr. Francisco Balaguer Callejón, "Europa como sociedad abierta en el contexto global" en *Europa, società aperta. volume I. Problemi attuali e prospettive future,* a cura di Marilisa D'Amico, Benedetta Liberali, Antonio Pérez Miras Edoardo C. Raffiotta, Silvia Romboli Germán M. Teruel Lozano. Editoriale Scientifica, Napoli, 2022.

89 De manera que "si queremos seguir siendo humanos, entonces sólo habrá un camino, el de la sociedad abierta. Debemos proseguir hacia lo desconocido, lo incierto y lo inestable sirviéndonos de la razón de que podamos disponer, para procurarnos la seguridad y libertad a que aspiramos" K.R. Popper, *op. cit.*, p. 216.

90 "Social forms (structures that limit individual choices, institutions that guard repetitions of routines, patterns of acceptable behaviour) can no longer (and are not expected) to keep their shape for long, because they decompose and melt faster than the time it takes to cast them, and once they are cast for them to set. Forms, whether already present or only

que las relaciones humanas se descomponen, el Estado ya no puede resolver problemas que son globales y la responsabilidad personal es una carga[91].

Lo que ha ocurrido en el plano de la transformación social y cultural es que la globalización y el desarrollo tecnológico han acelerado extraordinariamente las condiciones del tiempo histórico, y que, por tanto, las coordenadas de tiempo y espacio que nosotros controlábamos dentro del Estado nacional durante el siglo XX no existen ya. La tecnología como factor cultural ha contribuido a fomentar un entorno complicado para el constitucionalismo en la medida en que ha situado fuera del Estado y del espacio público nacional la

---

adumbrated, are unlikely to be given enough time to solidify, and cannot serve as frames of reference for human actions and long-term life strategies", Z. Bauman, *Liquid Times: Living in an Age of Uncertainty* Polity Press Cambridge 2007, p. 1.

91 Así, para Bauman, "Interhuman bonds, once woven into a security net worthy of a large and continuous investment of time and effort, and worth the sacrifice of immediate individual interests (or what might be seen as being in an individual's interest), become increasingly frail and admitted to be temporary", *ibidem*, p. 2. Igualmente, "The separation and pending divorce of power and politics, the couple that since the emergence of the modern state and until quite recently was expected to share their joint nation-state household 'till death did them part'. Much of the power to act effectively that was previously available to the modern state is now moving away to the politically uncontrolled global (and in many ways extraterritorial) space; while politics, the ability to decide the direction and purpose of action, is unable to operate effectively at the planetary level since it remains, as before, local" pp. 1 y 2. Por último: "The responsibility for resolving the quandaries generated by vexingly volatile and constantly changing circumstances is shifted onto the shoulders of individuals – who are now expected to be 'free choosers' and to bear in full the consequences of their choices" pp. 3-4.

capacidad de *generar pautas culturales* que afectan de manera muy relevante a la configuración de las sociedades.

2.5. La ruptura de la constitución económica nacional

2.5.1. Economía global v. constitución estatal

La relación entre constitución y economía ha sufrido una profunda transformación como consecuencia de la globalización, especialmente en su fase más avanzada y reciente, desarrollada en los últimos años en el contexto de la transformación digital y de la tercera globalización[92]. Como hemos indicado anteriormente, en el primer constitucionalismo, economía y constitución formaban parte del mismo universo cultural, basado en el racionalismo universalista que atribuía similares facultades y condiciones a la constitución como "ley" política y a las "leyes" económicas. Aunque la economía y la política debían seguir sus propias reglas, sin intervención de la política sobre la economía[93], ambas eran expresión de una misma racionalidad y reflejaban el mismo sistema de valores.

92 Sobre las cuestiones que se plantean aquí en la relación específica entre constitución económica y globalización, cfr. Balaguer Callejón, F.: "Costituzione economica e globalizzazione", anteriormente citado.

93 Como indicara M. García Pelayo, "el orden estatal y el orden económico eran considerados como dos sistemas de funcionamiento sustancialmente independiente, cada uno orientado por sus propios fines y realizándose por la operación de leyes de distinta naturaleza (jurídicas en un caso, económicas en otro)", M. García Pelayo: "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la constitución", 1979, en Obras Completas, T. III, CEC, Madrid, 1991, p. 2856.

La relación entre economía y constitución se transformó en Europa con la incorporación progresiva de un componente social al constitucionalismo que habría de configurarse a través del Estado social de Derecho o de formulaciones similares[94]. Con la "constitución económica" [95] se integra en el constitucionalismo el conflicto inherente a la tensión entre capital y trabajo, así como la necesidad de dotar a los derechos constitucionales de un fundamento material que garantice su efectividad. Constitución y economía seguirán formando parte del mismo orden conceptual, en la medida en que es la propia constitución la que establece los procedimientos para resolver los conflictos y contiene los principios y valores que

94 Cfr., F. Balaguer Callejón: "El Estado social y democrático de Derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado social", en J.L. Monereo: (coord.) *Comentario a la constitución socioeconómica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 89-113. Cfr. Igualmente, F. Balaguer Callejón: "A dimensão constitucional do Estado social de Direito na Espanha", *Direitos Fundamentais & Justiça*, nº 2, Porto Alegre (Brasil), 2008.

95 La condición histórica de este concepto sería destacada por Franz Neumann. Naturalmente, como indicara este autor, no puede equipararse a cualquier sistema económico porque "si la constitución económica fuera idéntica con aquél, en ese caso siempre hubiera existido la misma, de igual modo que el sistema económico del liberalismo (la no intervención) sería una constitución, puesto que incluso una constitución económica negativa tendría el atributo de constitución, de modo que la problemática relativa al carácter específico de una constitución económica no hubiera surgido en nuestra situación actual". F. Neumann: "Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung", 1931, versión española de Miguel Ángel Cano Paños en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Número 9, enero-junio de 2008: https://www.ugr.es/~redce/REDCE9/articulos/11FranzNeumann.htm

deben orientar su solución[96]. Se podría decir incluso que la constitución normativa y la constitución económica que contiene supone el sometimiento, aunque sea formal, de la economía al Derecho. Se configura así el rasgo fundamental de la constitución económica: la normativización de la economía a través de la constitución, que define el marco general al que deberá someterse la actividad económica.

En realidad, la constitución económica y la globalización convivieron en Europa durante la segunda mitad del siglo XX sin generar una ruptura entre constitución y economía. El proceso de integración europea contribuyó durante ese período a que los perfiles más dañinos de la globalización pudieran ser controlados e integrados en la economía de los Estados a través de sucesivos procesos de reconversión económica. A cambio, la constitución nacional perdió una parte de su centralidad del mismo modo que el Estado renunciaba a una parte de su soberanía a favor de las instituciones europeas. Esa parte de la intervención pública, desarrollada por los Estados de manera concertada en las instituciones europeas, generó una nueva "constitución económica", una regulación de la vida económica a nivel supranacional con la que debía armonizarse el gobierno nacional de la economía.

96 Esta específica dimensión normativa es destacada por García Pelayo para quien, aunque no hay unanimidad sobre el contenido concreto del concepto, se puede entender por constitución económica el conjunto de "las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y el funcionamiento de la actividad económica", normas que "sirven de parámetros jurídicos básicos para la acción de los actores económicos públicos y privados". M. García Pelayo: "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la constitución", cit., p. 2857.

Con el desarrollo de la globalización y de la sociedad digital, el propio concepto de constitución económica pierde su funcionalidad porque ya no expresa la capacidad de la constitución nacional para regular en plenitud la esfera económica, canalizando y haciendo posible la solución de los conflictos entre los diversos agentes económicos y sociales a través de las cláusulas económicas establecidas por la propia constitución. Constitución económica y globalización son, en gran medida, incompatibles, porque el Estado carece ya de muchas de las facultades de intervención sobre la economía que eran características de la constitución económica nacional[97]. La economía pierde una parte de su "normatividad" o "constitucionalidad", debilitándose su sometimiento a la constitución económica.

2.5.2. El deterioro de la constitución económica

Con la tercera globalización, la economía no solo comienza a desvincularse de la constitución, sino que se opone a la constitución, desarrollando su propia legitimidad. A partir de la crisis financiera de 2008, se ha manifestado de manera muy clara esa tensión específica entre economía y constitución con la incorporación a los debates políticos y constituciona-

97 Evidentemente, no estamos ya en los tiempos en que se elabora conceptualmente la constitución económica por autores tales como Franz Neumann, partiendo de la idea de que "al *Estado* le corresponde el poder de dirección ilimitado en el ámbito del Derecho económico en virtud de su soberanía" por lo que "en la organización de la constitución económica el Estado deberá ostentar siempre el último influjo en todos los asuntos decisivos de carácter económico-político". F. Neumann: "Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung", 1931, anteriormente citado.

les de una terminología específica, una comprensión cultural nueva que se enfrenta a los conceptos tradicionales del constitucionalismo. En última instancia, como hemos indicado anteriormente, se ha intentado imponer una interpretación económica de la constitución y de la democracia que sometía al orden constitucional a una racionalidad estrictamente económica[98].

La evolución de esta tensión en el futuro es incierta. Cuando se comenzó a superar la crisis financiera, antes del estallido de la actual crisis derivada de la pandemia de 2020, la constitución había podido recuperar algo de vitalidad perdida en algunos Estados miembros de la Unión Europea. Pero la constitución económica, que todavía hoy sigue estando en el texto de nuestras constituciones, parece haber sido seriamente dañada por el desarrollo de la globalización. En el ámbito global no hay, sin embargo, una alternativa a la constitución económica nacional.

Las regulaciones parciales que se han establecido para intentar evitar nuevas crisis a nivel internacional[99] no tienen el carácter general de la constitución económica ni pueden integrar el conjunto de factores que eran propios de esta institución, desarrollada en el marco de la constitución nacional. Estas normativas están orientadas esencialmente a garantizar las condiciones básicas del funcionamiento de la economía y

98 Cfr. Francisco Balaguer Callejón, "Una interpretación constitucional de la crisis económica" citado.

99 Cfr. Josu De Miguel Bárcena, "Estabilidad financiera en entornos federales: la nueva constitución económica del riesgo", *Revista Española de Derecho Constitucional* n. 26. Julio-Diciembre de 2016.

se sitúan íntegramente en el plano de una legitimidad económica desvinculada de los referentes constitucionales que integraba la constitución económica del Estado nacional.

El desarrollo acelerado de la globalización a finales del siglo XX y principios del XXI genera una nueva relación entre constitución y economía porque las decisiones económicas se externalizan, se sitúan fuera del Estado, de tal manera que las previsiones constitucionales sobre la economía se debilitan hasta llegar al punto, como ocurrió con la crisis financiera de 2008, de quedar en suspenso, sin una auténtica eficacia normativa. Sin embargo, muchas constituciones siguen estableciendo formalmente un sistema en el que la intervención estatal sobre la economía debería hacer posible la redistribución y la garantía de los derechos sociales, que contrasta con la realidad de la externalización de las decisiones económicas, que dificulta la capacidad redistributiva del Estado.

En esta etapa de la tercera globalización, vinculada al desarrollo tecnológico, no existe ya una auténtica constitución económica del Estado, sino que la economía se desliga del Estado en lo que se refiere a los factores económicos vinculados al capital y al sistema económico en sus líneas matrices y se presenta como un sistema autónomo, con una lógica propia que se opone a la constitución. Se produce así la ruptura de la constitución económica estatal y el desarrollo de una nueva legitimidad, la económica, que se separa de la constitución y, eventualmente, se opone a la constitución.

La integración supranacional europea no puede sustituir al Estado en esa tensión contra la globalización. Por un lado, la integración supranacional ha generado una disociación de la

regulación macroeconómica, que se ha desplazado a nivel europeo, y de las políticas de redistributivas de bienestar, que siguen siendo estatales, pero sometidas a las condiciones supranacionales[100]. De ese modo, el poder presupuestario se divide en dos partes, una que se mantiene por los Estados (la redistributiva) y otra que está sometida al control de la Unión Europea (la dimensional, relativa al volumen del presupuesto)[101].

Por otro lado, la línea divisoria entre política monetaria *europea* y las políticas económicas *nacionales* consagrada en Maastricht[102] se ha diluido con la crisis, haciendo posible la intervención de la Unión Europea sobre las políticas económicas de los Estados[103] que pasan a ser casi "terminales operativos" de la Unión[104]. Con ello se ha debilitado aún más a los Estados miembros.

---

100 Cfr. G. Di Plinio: "Sulla Costituzione economica. Contributo per una teoria degli effetti costituzionali dell'economia" en Il *Risparmio*, n. 8, 2008, p. 8.

101 Cfr. S. Cassese: *La nuova costituzione económica*, Manuali Laterza, Bari, 2013. Versión e-book, cap. IX "La nuova costituzione económica".

102 Cfr. Miguel Arjona Sánchez, *El Euro entre la nostalgia postmoderna al oro y un supra-federalismo europeo. Un debate constitucional*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022.

103 Cfr. G. Pitruzzela: "La costituzione economica europea: un mercato regolato e corretto, nulla a che vedere con il fondamentalismo di mercato", *federalismi.it*, n. 16 - 01/08/2018, p. 5.

104 La expresión es de S. Cassese: *La nuova costituzione económica*, Manuali Laterza, Bari, 2013. Versión e-book, cap. IX "La nuova costituzione económica".

La ruptura de la constitución económica nacional no puede ser superada mediante una alternativa supranacional como la que supone la actual Unión Europea, falta de una auténtica democracia pluralista y de un contenido social sustantivo que equilibre la configuración económica del proyecto de integración. Ello, pese a los tímidos intentos de configurar un pilar social europeo que, por más que haya que valorarlos positivamente, no tienen la entidad suficiente como para equilibrar los factores productivos en el seno de una constitución económica europea equivalente a la nacional[105].

De mayor entidad que el pilar social europeo resulta la respuesta a la crisis sanitaria que ha tenido la Unión Europea en el ámbito económico con el Plan de Recuperación, que supone un giro importante respecto de las posiciones que se habían mantenido durante la crisis financiera de 2008. No cabe duda de que la crisis sanitaria ha generado una nueva legitimación de la UE también por lo que se refiere a la faceta específicamente sanitaria con la adquisición y reparto de vacunas y otras medidas, así como la proyectada "Unión Sanitaria Europea"[106]. Sin embargo, la guerra de Ucrania está poniendo en evidencia todas las debilidades de la Unión Europea, que podrían haberse resuelto hace años si la integración hubiera avanzado de manera significativa en sentido federal.

---

105 Cfr. Francisco Balaguer Callejón: "La prospettiva spagnola sul pilastro sociale europeo", en *I diritti sociali tra ordinamento statale e ordinamento europeo*, a cura di Paola Bilancia, *federalismi.it-ISSN 1826-3534. Numero speciale 4* (2018), pp. 69-79.

106 Cfr., al respecto, Francisco Balaguer Callejón, "La gestione della crisi epidemiologica a livello europeo e internazionale" en *L'Emergenza pandemica da covid-19 nel dibattito bioético*, a cura de Lorenzo Chieffi, Vol. 2, Mimesis Edizioni, Milano, 2021.

3. LA TRANSFORMACIÓN DE LOS DERECHOS EN LA SOCIEDAD DIGITAL

3.1. Globalización y derechos

Con la globalización, la posibilidad de canalizar la tensión entre capital y trabajo en el ámbito estatal se reduce, porque ambos factores se alteran esencialmente desde fuera del Estado y sin atender a las condiciones establecidas en la constitución nacional. Los derechos de las personas se van desplazando cada vez más desde la esfera de la producción a la del consumo, de su condición como trabajadores asalariados a su condición como consumidores y usuarios de productos[107].

La lógica que expresa este proceso es la de la ruptura del constitucionalismo de los derechos, que desde su implanta-

107 Como indica Raffaele Perna, en relación con la constitución italiana, "Il baricentro dell'impianto culturale della costituzione economica è rappresentato dai produttori (lavoratori, imprese pubbliche, imprese private) mentre è del tutto assente la categoria del consumatore, che viceversa rappresenta l'architrave dell'economia di mercato". Raffaele Perna: "L'Italia ha bisogno di una nuova costituzione economica?" Astrid, 2010: http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Pern/Perna-R_Incontro_fondazione-Magna-Carta_15_06_10.pdf

ción hace más de doscientos años expresara ya la indisoluble conexión entre la vertiente declarativa y la institucional de su protección, por la que la garantía de los derechos no es posible sin una estructuración del poder estatal que la haga viable[108]. En el contexto de la globalización esa simetría se rompe porque la vertiente institucional está ausente y una vez que los derechos constitucionales se someten a la intervención de los grandes agentes globales, su capacidad de protección se reduce a los *puntos de contacto* entre el sujeto de los derechos y la lesión potencial de los mismos. Esos puntos de contacto se concentran ahora en la fase de consumo de los productos y de utilización de los servicios y las aplicaciones digitales.

El proceso de globalización, deslocalización y progresiva orientación tecnológica de la economía está cambiando las prioridades en el orden de la protección de los derechos en relación con la constitución económica nacional. En una economía en la que la producción depende cada vez más de factores externos, el acento se sitúa no tanto en la relación entre trabajo y capital cuanto en la relación entre capital y consumo. Los derechos a proteger son cada vez más los de los consumidores y usuarios frente a las grandes compañías, especialmente las tecnológicas. La cualidad de consumidor o de usuario adquiere una condición universal y se sobrepone

108 Cfr. Francisco Balaguer Callejón, "La interacción entre democracia y derechos en el constitucionalismo y su proyección supranacional y global", en AAVV, Memoria *del III Congreso Internacional de Argumentación Jurídica ¿Cómo argumentar los derechos humanos?* Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2013, págs. 45-87.

a todas las categorías productivas, concentrando igualmente el estatuto de derechos propio del ciudadano[109].

La economía transforma el sujeto de los derechos, que ahora ya no será, tendencialmente, el trabajador en el proceso productivo o el ciudadano en el ámbito social y político, sino el consumidor. La hipertrofia del derecho de los consumidores y usuarios, que va ocupando cada vez más espacios de los otros derechos constitucionales y concentrando la protección del ordenamiento jurídico, expresa esa transformación que se genera con la globalización. A la economía global no le interesan los derechos de los trabajadores, muchos de ellos situados en Estados sin constitución democrática y sin protección laboral. Le interesan los derechos de los consumidores y los usuarios porque son los que garantizan la continuidad de los nuevos procesos económicos.

Los derechos constitucionales, que ahora se protegen esencialmente desde la posición de consumidores o usuarios de sus titulares, pierden en gran medida su identidad constitucional. Se convierten en facultades meramente *instrumentales* a los derechos económicos y se garantizan solamente desde la lógica económica. Ya no expresan la dignidad de la persona sino la inserción del individuo como una pieza más dentro de un contexto económico en el que el intercambio de bienes y servicios debe funcionar adecuadamente y la garantía de la *seguridad del tráfico* es fundamental.

109 Cfr. Augusto Aguilar Calahorro, "El sujeto de derecho en la sociedad del consumo: el ciudadano como consumidor", anteriormente citado.

La transformación cultural es enorme. La protección de los derechos no se sitúa ya en la esencia misma de la constitución, en la dignidad de la persona como principio del que se deriva incluso la propia democracia, como indica Peter Häberle[110], sino que se desplaza hacia el ámbito económico y tiende a fundamentarse cada vez más en derechos que están relacionados con la seguridad del tráfico económico, que hay que preservar para el funcionamiento del sistema. El mercado se aleja cada vez más de esa condición instrumental que debería tener desde el punto de vista constitucional, en palabras de Peter Häberle[111], para configurarse como un fin en sí mismo, al que los derechos constitucionales se ordenan y se subordinan.

3.2. Derechos y sociedad digital

De manera coherente con la transformación del sujeto de los derechos que genera la globalización, la sociedad digital se ha desarrollado sobre la base de una "cosificación" de los derechos, que se integran dentro de ecosistemas creados por las compañías tecnológicas en los que los datos ocupan un lugar fundamental. Para estas compañías, el proceso de extracción de datos carece de cualquier limitación constitucional, ya sea

110 "La democracia deriva en mi opinión, de la dignidad humana de los ciudadanos como premisa cultural antropológica del Estado constitucional, siendo su consecuencia organizativa". Peter Häberle: "La ciudadanía a través de la educación como tarea europea" Traducción de Francisco Balaguer Callejón, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 5, Julio-Diciembre de 2005.

111 Cfr. Peter Häberle: "Siete tesis para una teoría constitucional del mercado" Traducción de Miguel Azpitarte Sánchez, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 5, Enero-Junio de 2006.

el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad de domicilio, el derecho a la intimidad, o cualquier otro de los que siguen siendo todavía (pese a su manifiesta vulneración en el ámbito digital) derechos fundamentales vigentes en nuestros sistemas constitucionales.

Lo mismo ocurre con el uso que dan a los datos, que tanto sirve para lesionar los derechos electorales de los ciudadanos cuanto su intimidad o su dignidad. Lo que interesa es el beneficio económico y los derechos constitucionales no se configuran como un obstáculo porque su efectividad ha quedado reducida al mínimo en el mundo digital.

Ciertamente, la sociedad digital plantea muchos retos en relación no sólo con la atrofia relativa de los derechos constitucionales sino también con la necesidad de incorporación de nuevos derechos digitales[112]. Pero uno de los más destacados es la *transformación cultural* que se está generando en el ecosistema de las aplicaciones de Internet, especialmente de las redes sociales. Pongamos el ejemplo de la libertad de expresión, uno de los derechos fundamentales que conectan la vertiente individual con la formación de un espacio público plural que contribuye a la configuración de una democracia constitucional. El contexto actual de la libertad de expresión ha experimentado una transformación problemática desde el punto de vista constitucional porque convierte este derecho en un mero *producto comercial*, económicamente evaluable

112 A este respecto es de destacar, como ya hemos indicado, la *Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital*, que se aprobó mediante la Ley n.º 27/2021 de 17 de mayo, así como la Carta de derechos digitales española, presentada el 14 de julio de 2021, aunque esta última no tiene valor normativo.

en función de sus resultados, sin conexión alguna con la formación de una opinión pública plural propia de un sistema democrático[113].

Esta transformación tiene que ver con la irrupción de las compañías tecnológicas, los nuevos mediadores digitales, que están ocupando el espacio de la información y la opinión desplazando a los medios tradicionales. La tensión sobre la libertad de expresión se desplaza al ámbito privado porque los nuevos mediadores son empresas privadas y actúan en el marco del derecho privado. Sin embargo, debido al modo en que se han configurado los procesos comunicativos en la era digital, estas empresas han ocupado una gran parte del espacio público, prestando servicios en un régimen de monopolio o de oligopolio que obliga a *replantear* las categorías de lo público y lo privado en relación con el ejercicio de la libertad de expresión.

La dialéctica sobre la libertad de información y opinión no se manifiesta ya en la tensión entre los medios de comunicación y el poder público que podía limitar esa libertad. Por el contrario, la ocupación del espacio público comunicativo por los nuevos mediadores a través de canales privados les otorga una amplia capacidad decisión sobre la libertad de expresión[114]. La tensión sobre la libertad de expresión en los

113 Cfr. Francisco Balaguer Callejón, "The Impact of the New Mediators of the Digital Age on Freedom of Speech" anteriormente citado.

114 "National constitutions and human rights laws protect internet users from *state* interference with their legal exercise of speech rights, but platforms are generally free to ban any speech they want; and, because Community Guidelines are privately defined and enforced, platforms' decisions are

procesos comunicativos se está articulando ahora en torno a los nuevos mediadores y no puede ser valorada desde la perspectiva exclusiva del derecho privado[115].

En la sociedad digital, las categorías tradicionales del derecho a la información, entendida como información veraz, se desvanecen. Como otros muchos derechos constitucionales, la libertad de expresión está perdiendo su sustancia en el mundo digital. Se convierte en un eslabón más dentro de la cadena del mercado porque, para las compañías tecnológicas, las noticias y la libertad de expresión no son otra cosa que datos dentro de su modelo de negocio. La libertad de expresión no tiene ya un sentido material porque la información y la opinión son *meros productos* dentro de un ecosistema dirigido por los algoritmos. Un entorno en el que se promocionan las *fake news* y las realidades alternativas, dado que favorecen su modelo de negocio.

---

generally not subject to review by courts", Daphne Keller and Paddy Leerssen "Facts and Where to Find Them: Empirical Research on Internet Platforms and Content Moderation", en Nathaniel Persily and Joshua A. Tucker, *Social Media and Democracy*. Cambridge University Press, 2020, p. 226. Además, como indica Josu De Miguel "Los prestadores de servicios no están en condiciones de ponderar derechos y bienes jurídicos adecuadamente, porque se rigen por las reglas de mercado", J. De miguel, "Las transformaciones del derecho de la información en el contexto del ciberperiodismo" *Revista de Estudios Políticos*, 173, Julio-Septiembre de 2016, p. 159.

115 Cfr. Miguel Ángel Presno Linera, "La libertad de expresión en internet y las redes sociales: análisis jurisprudencial", *Revista catalana de dret públic*, n, 61, 2020.

En general, en el ámbito de la economía digital podemos ver la misma hipertrofia de los derechos de los consumidores y usuarios, que concentran también una gran parte del estatuto constitucional de los derechos, de manera que los derechos constitucionales tienden a ser meramente instrumentales a la garantía del tráfico económico. El sujeto de los derechos ya no será el trabajador o el ciudadano en el ámbito laboral o social sino el consumidor de los productos o el usuario de los servicios.

Pero en la sociedad digital se da un paso más, en la medida en que el consumidor o el usuario son también *una parte del producto*, a través de la mercantilización de sus datos personales. El sujeto de los derechos se convierte así en *objeto* y la protección de los derechos se canaliza a través de la protección de datos, que se configura como un refugio, un puerto seguro al que llevar los restos del naufragio de los derechos fundamentales reconocidos en la constitución, y una especie de derecho-comodín como la protección de los consumidores y usuarios.

Nuevamente, la lógica de la globalización, con el desplazamiento de lo estatal al ámbito global y de lo público al ámbito privado, interviene en esta remodelación de los derechos constitucionales. La asimetría entre la vertiente institucional y la declarativa de los derechos es total en la sociedad digital. La protección constitucional de los derechos fundamentales resulta inviable cuando, a través de la contratación privada, es el propio ciudadano quien "cede" esos derechos a grandes compañías globales que tienen cientos o miles de millones de usuarios en todo el mundo y no se dejan condicionar, en términos generales, por los Estados y las constituciones estatales.

La frase terrible de Andrew Lewis que da inicio al libro de Eli Pariser, "*If you're not paying for something, you're not the customer; you're the product being sold*"[116] expresa de manera acertada esta "cosificación" de los derechos constitucionales, toda vez que sus titulares se convierten ellos mismos en productos vendibles (a través de la cesión incondicional de sus datos a las compañías tecnológicas) y sus derechos se transforman también en meros objetos dentro del tráfico comercial de la sociedad digital.

La conversión del sujeto de los derechos en *mero objeto del tráfico* económico es la última fase del deterioro provocado por la globalización y por el desarrollo de la sociedad digital. Los derechos sustantivos se habían configurado previamente como derechos instrumentales, accesorios de determinados derechos económicos en el contexto global, haciendo que el sujeto de los derechos sea también un factor económico (el consumidor o el usuario) en lugar de una persona. El contexto digital convierte a ese agente económico, a ese sujeto, en un producto más, en un objeto, cuya dimensión en el mercado dependerá de la valoración que *los algoritmos* realicen de sus datos personales. Se cierra así el círculo de la involución constitucional generada por la transformación de las pautas culturales derivada de la globalización en el contexto digital.

116 Andrew Lewis, bajo el alias *Blue beetle*, en el sitio web *MetaFilter*, citado en E. Pariser: *The Filter Bubble* (p. 21). Penguin Books Ltd. Edición de Kindle.

4. LA TRANSFORMACIÓN DE LA DEMOCRACIA

Para explicar cómo se está debilitando la democracia pluralista en la sociedad digital, debemos retomar la metáfora sobre la verdad[117], ya que la cuestión de la verdad afecta esencialmente al sistema democrático. No sólo por lo que se refiere a la actual crisis de la democracia en relación con las noticias falseadas y la posverdad. También por la necesidad de partir, para configurar la democracia representativa, como hace Kelsen, de un relativismo crítico que está en la base de la democracia constitucional[118].

Como hemos indicado antes, esta metáfora nos explica el sentido de la democracia representativa como democracia

117 La metáfora a que nos referimos, que hemos mencionado anteriormente, es la de la verdad como un espejo que cayó del cielo y, al entrar en contacto con la tierra, se fragmentó en muchos pedazos, de manera que cada persona tiene solamente un trozo de la verdad, un fragmento de ese espejo roto. Por tanto, para poder conocer la verdad, tenemos que poner en común cada uno de esos trozos.

118 Cfr. H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie,* 1920, versión española de la segunda edición de 1929, *Esencia y valor de la democracia*, Labor, Barcelona, 1934, p. 153-4.

pluralista. Nos hace ver la inutilidad de un planteamiento monista que se base en la idea de uniformidades o unidades ficticias, que no se corresponden con la existencia de un pluralismo social y político del que necesariamente hay que extraer consecuencias para la ordenación democrática de la sociedad. Nos hace ver también la necesidad de tener en cuenta las verdades de los otros para conocer la verdad.

La crisis de la democracia representativa tiene mucho que ver con el cambio de orientación de amplios sectores sociales y políticos en este siglo XXI en relación con la idea de democracia constitucional. Una transformación que encuentra su punto culminante en los movimientos populistas, para los cuales sí existe una verdad absoluta, la que ellos defienden, en torno a la cual construyen una ficción política, la de un pueblo único que solamente ellos representan o más bien, como dice Rosanvallon, solamente ellos reflejan o encarnan, ya que el mecanismo representativo, negado en general para las instituciones, se queda corto para definir la relación que estos movimientos pretenden tener con ese sujeto político, que han construido con el nombre de "pueblo"[119]. Como muy bien dice Peter Häberle, no deberíamos dejar que el po-

119 Curiosamente, bajo otra metáfora diferente del espejo de la que yo he utilizado aquí para caracterizar a la democracia pluralista. Una metáfora que no tiene que ver con la cuestión de la verdad sino con la de la representación. En el populismo, se puede hablar, como indica Rosanvallon, de una "représentation-miroir" de una representación-espejo, a través del hombre-pueblo, el líder que refleja en sí mismo a todos los integrantes del pueblo. Cfr. Pierre Rosanvallon, *Le Siècle du populisme. Histoire, théorie, critique* (French Edition) (pp. 50 y ss.) Éditions Le Seuil, Janvier 2020, Edición de Kindle.

pulismo se apropie de un término que tiene tanto significado para el constitucionalismo[120].

La crisis de la democracia representativa en el siglo XXI tiene, en gran medida, dos focos esenciales que están relacionados con la globalización. Por un lado, la crisis económica y, en general, las transformaciones económicas que se están produciendo en los sectores productivos y, por otro lado, el desarrollo tecnológico que, a su vez, incide también en la economía, pero que está dando lugar a transformaciones todavía más intensas en los últimos años.

Para simplificar, podríamos decir que de la crisis económica y de la globalización surge la idea de que la democracia representativa no es realmente representativa: "no nos representan" es el lema que puede simbolizar esa tensión. Por otro lado, del desarrollo tecnológico va a surgir simultáneamente, a partir de la aparición de la web 2.0, la idea de que la democracia podría transformarse en un sentido más participativo, más directo, a través de Internet y del mundo digital. Vamos a analizar seguidamente esta última cuestión a través de las luces y las sombras de la democracia digital para determinar en qué medida las expectativas generadas por la web 2.0 hace años se mantienen hoy.

120 "Me niego a regalarle la palabra *populus* a los populistas. Pensemos en Cicerón y su *res publica*, *res populis*, en los romanos con su *senatus populus romanus*, en el no menos famoso *we the people*, en la inscripción del Reichstag "el pueblo alemán", o en el hecho de que, en la mayoría de los Estados, se considere que el poder judicial se expresa "en nombre del pueblo". Peter Häberle, "El constitucionalismo como proyecto científico", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 29, Enero-Junio de 2018.

Antes de avanzar en esta temática tenemos que intentar definir en qué consiste la democracia representativa y en qué medida es compatible con la democracia digital. Vuelve aquí la contraposición histórica entre democracia representativa y democracia directa que parecía ya resuelta en el Estado constitucional de Derecho en las constituciones que se desarrollan durante la segunda mitad del siglo XX y que descansan en las construcciones doctrinales del período de entreguerras. Muy singularmente en la obra de Hans Kelsen y, entre otros textos suyos, en un trabajo que se publicó hace ahora poco más de cien años, en 1920, "Esencia y valor de la democracia"[121].

Esa construcción se centra en la democracia parlamentaria, que no es la única formulación posible de la democracia representativa como hace notar Norberto Bobbio[122], pero que coincide en su formulación general con las características esenciales de los sistemas constitucionales que se han configurado posteriormente en torno a la idea de democracia representativa. Su presupuesto teórico es el relativismo crítico. Un presupuesto que Kelsen aplica también a la configuración del ordenamiento jurídico mediante la distinción entre sistemas normativos dinámicos y estáticos y que está en la base de la diferenciación entre democracia y autocracia[123].

---

121 Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, citado.

122 "Hoy no existe ningún Estado representativo en el que el principio de la representación se concentre solamente en el Parlamento", N. Bobbio, *El futuro de la Democracia*, Fondo de Cultura Económica, México 1986, p. 34.

123 Cfr. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 196 y ss.

Para Kelsen, solamente la democracia hace posible la deliberación, el debate y la transacción entre las posiciones políticas de la mayoría y la minoría, precisamente porque no hay verdades absolutas e incuestionables y porque la esencia de la democracia es justamente el respeto a la verdad de los otros. Un respeto que se garantiza a través de la exigencia de mayorías cualificadas que aseguren el consenso de las minorías en las decisiones constitucionalmente relevantes y mediante la jurisdicción constitucional. La democracia parlamentaria o representativa de Kelsen es una democracia pluralista y constitucional. Parte del reconocimiento y de la garantía del pluralismo a través de la constitución normativa.

Esa democracia representativa puede ser completada con institutos propios de la democracia directa, como el referéndum o la iniciativa legislativa popular, pero no es viable para Kelsen una democracia directa en el Estado constitucional. No lo es por la división del trabajo, que obliga necesariamente a la mediación de los representantes y de los partidos para hacer factible la formación de la voluntad estatal. La división del trabajo hace que no sea posible siquiera una asamblea permanente de ciudadanos, que no era pensable en los tiempos de Kelsen. Teniendo en cuenta los nuevos desarrollos tecnológicos, cabe plantearse en qué medida podría avanzarse actualmente hacia formas de democracia directa a través de la democracia digital, como una alternativa a la democracia representativa.

Ahora bien, para responder a la cuestión de esta confrontación entre democracia digital y representativa y al nivel de desarrollo que puede esperarse de la democracia digital des-

de un punto de vista constitucional, es necesario responder a *dos preguntas previas*: la primera de ellas sobre *la compatibilidad* entre la democracia directa (esto es, sin mecanismos de mediación o de representación) y la democracia constitucional. La segunda acerca de si realmente los mecanismos de participación que forman parte hoy de esto que podríamos llamar democracia digital, son realmente mecanismos participativos sin *mediadores* y, en el caso de que no lo fueran, si esos mediadores son democráticos, como ocurre con la democracia representativa.

4.1. La democracia representativa como democracia pluralista y constitucional

Para determinar si la democracia directa es o no compatible con la democracia constitucional tenemos que enunciar previamente las características de la democracia constitucional. Si tenemos en cuenta su formulación teórica inicial en el pensamiento de Kelsen y su desarrollo práctico en las constituciones normativas podríamos decir que la democracia constitucional sólo es posible a partir del reconocimiento de la democracia pluralista que se basa en el reconocimiento de la diversidad, en la transacción entre mayoría y minorías y en la protección constitucional a las minorías.

La democracia pluralista y constitucional de las constituciones normativas obliga a una reinterpretación de los conceptos clásicos del constitucionalismo que, en su formulación inicial, expresaban un monismo absoluto basado en la idea de la soberanía del pueblo. El pueblo considerado como un colectivo homogéneo, una unidad que incorporaba los mis-

mos valores e intereses y que expresaba también la unidad del poder del Estado, como poder absoluto e incondicionado.

En efecto, en el desarrollo histórico de la cultura constitucional se acumulan conceptos que están condicionados por la época en que nacen y que no siempre tienen un fácil acomodo en las sucesivas etapas que marcan el progreso del constitucionalismo. En particular, la democracia pluralista tiene sus condiciones, que proceden de la reacción frente a experiencias traumáticas de opresión de las minorías y de destrucción del orden constitucional por la ausencia de límites al poder de la mayoría. Siendo la democracia pluralista la formulación esencial que define a la democracia constitucional de nuestros días, esas condiciones se configuran como límites a la voluntad de la mayoría y, al tiempo, expresan una nueva concepción no sólo de la democracia sino también de otros principios vinculados al constitucionalismo, desde la división de poderes hasta la garantía de los derechos.

El pluralismo es, en realidad, *una nueva forma de división del poder* en las constituciones normativas y da lugar a una nueva configuración del ordenamiento jurídico[124]. El pluralismo político es un presupuesto de existencia de las constituciones normativas en la medida en que solamente cuando se reconoce el pluralismo se hace posible la función esencial del Derecho constitucional de canalización de los conflictos. La

124 Cfr. Francisco Balaguer Callejón "L'articolazione territoriale del potere politico in Europa. Il pluralismo costituzionale di fronte alla crisi económica" en Francisco Balaguer Callejón, Pedro Cruz Villalón, Pierfrancesco Grossi, Peter Häberle, Stelio Mangiameli, Gianpiero Milano, Jorge Miranda e Dian Schefold, *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 81-100

gran lucha histórica del constitucionalismo ha sido la de desvelar el conflicto, hacerlo visible, frente a un poder político y económico que ha intentado siempre ocultarlo, desplazarlo o negarlo[125].

La democracia pluralista es justamente la que permite expresar la diversidad existente en la sociedad y articularla mediante el diálogo, la negociación y el consenso, que son valores esenciales en una sociedad democrática moderna. Al partir de la pluralidad, se ponen en cuestión conceptos procedentes del primer constitucionalismo que tienen difícil encaje en la democracia pluralista. En particular, el principio de soberanía popular, en la medida en que la democracia pluralista supone la superación de la dimensión subjetiva (el pueblo como colectivo homogéneo) y objetiva (la soberanía como poder sin límites) de la unidad de poder que este principio representa[126].

La idea de un pueblo soberano que expresa una voluntad unitaria e ilimitada dentro del orden constitucional ya constituido –esto es, no en el proceso constituyente– es incompatible con la constitución normativa[127] y con la democracia

125 Cfr. sobre la relación entre conflicto y constitución: Carlos de Cabo Martín, *Conflicto y constitución desde el constitucionalismo crítico*, CEPC, Madrid, 2019.

126 Cfr. Francisco Balaguer Callejón "La interacción entre democracia y derechos en el constitucionalismo y su proyección supranacional y global", anteriormente citado.

127 Hay que recordar siempre a Martin Kriele, en relación con el sometimiento de todos los poderes del Estado a los límites constitucionales, *Einführung*

pluralista, que se asienta, de manera más natural, sobre el concepto de ciudadanía, expresivo de una diversidad de intereses y valores que se articulan, bajo el marco constitucional, mediante la contraposición entre mayoría y oposición, a través de un complejo sistema de procedimientos formales y de límites materiales[128].

Aunque sea de manera tendencial y relativa podemos observar una equivalencia entre la democracia representativa y el concepto de ciudadanía como referente de una sociedad plural y de procedimientos de articulación de la política propios de las constituciones normativas. Por el contrario, la democracia directa se sigue basando en una concepción idealizada de pueblo o nación, con una voluntad unitaria que expresa una unidad de poder cuyos límites materiales y formales quedan difuminados.

Mientras la democracia representativa hace posible la realización de la democracia pluralista, con las limitaciones inherentes al poder de la mayoría, el respeto a la diversidad y

---

in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates, 1975, IV ed., Westdeutscher, Opladen, 1990.

128 En cierto modo, se refleja aquí la contraposición señalada por Paolo Ridola entre "*Volksdemokratie*, entendida como democracia en la que el sujeto es un pueblo configurado como una magnitud unitaria por encima de sus articulaciones, y *Bürgerdemokratie*, como un modelo que pone el acento sobre el pluralismo como multiplicidad de ideas, de intereses, de identidades como base de una democracia", P. Ridola, "La parlamentarización de las estructuras institucionales de la Unión Europea entre democracia representativa y democracia participativa", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 3, Enero-Junio de 2005, pp. 23-24. http://www.ugr.es/~redce/ReDCE3/02paoloridola.htm

la cultura de la transacción y del consenso, la democracia directa no siempre resulta compatible con la democracia pluralista. Para seguir con la metáfora del espejo que habíamos mencionado, mientras la democracia representativa permite *reconstruir* entre todos una verdad común a través de procesos democráticos, la democracia directa parte de la base de que esa verdad *ya está definida* en la voluntad del pueblo y es previa a los procesos democráticos, que se limitan a reflejarla.

4.2. La democracia directa como democracia monista y populista

La democracia directa se asienta sobre una concepción monista: el pueblo es unitario y único y puede decidir, cuando quiera y cómo quiera, lo que quiera. No hay una distinción entre decisiones de relevancia constitucional que impliquen la participación de las minorías para proteger sus derechos, porque no se plantea siquiera la contraposición entre mayoría y minorías. Esa incapacidad de la democracia directa para *proteger a las minorías* es lo que la convierte en incompatible, entendida de manera exclusiva, con la idea de democracia constitucional. Esto no quiere decir que el referéndum, por ejemplo, no sea viable dentro de una democracia representativa. Por el contrario, no sólo es viable, sino que es necesario y permite completar y perfeccionar la democracia representativa.

Ahora bien, para que el referéndum sea compatible con la democracia constitucional, tiene que incorporar la lógica y las garantías propias de la democracia constitucional. En particular, la distinción entre materias sometidas a la voluntad de la mayoría, de acuerdo con la constitución, y materias

en las que son necesarias mayorías cualificadas para proteger los derechos de las minorías. En efecto, podríamos decir que esa compatibilidad depende de la naturaleza de los problemas que se sometan a decisión directa por "el pueblo" y de las condiciones en las que esa participación se produce en los procesos refrendatarios.

Es el caso de los más recientes, como el referéndum sobre el *Brexit*, en el que ha habido dos quiebras fundamentales de la democracia pluralista. La primera de ellas, la confusión entre el *nivel gubernamental* de decisión que corresponde a la mayoría y el *nivel constitucional* de decisión, que implica al conjunto de la sociedad. Cuando un referéndum afecta al nivel constitucional de decisión (como ha sido el caso del *Brexit*) debe requerirse un grado de consenso superior al exigido para las decisiones gubernamentales, propias de la mayoría. De ese modo, queda preservada la democracia constitucional, en la que es un principio fundamental la limitación del poder de la mayoría.

La segunda quiebra, que tiene relación con la primera, afecta a las propias características del referéndum, en el que se adopta una decisión binaria que genera una confrontación, tendencialmente radical, entre los diversos sectores sociales, en lugar de favorecer, con los mecanismos propios de la democracia pluralista, los procesos de diálogo, transacción y consenso. Para evitar que esa confrontación, en lugar de resolver conflictos fundamentales los agudice y los agrave, es necesario que operen previamente los procedimientos de negociación y *articulación de acuerdos* de la democracia pluralista. De otro modo, como ha ocurrido con el referéndum del

Brexit[129], la consulta popular opera sobre un vacío democrático, que favorece la propaganda demagógica y manipuladora que ahora se define como "posverdad".

Esta exigencia se cumple, en términos generales, cuando se trata de un referéndum de reforma constitucional, por ejemplo. En ese caso, se supone que han operado previamente los mecanismos propios de la democracia pluralista y que, por ese motivo, el texto que se somete a consulta ha sido ya debatido y aprobado por una mayoría cualificada, obteniendo el consenso necesario entre los representantes de la ciudadanía. Como contrapunto nos sirve de ejemplo Italia porque el sometimiento a referéndum parte del fracaso previo del consenso constitucional, al no haber obtenido la propuesta la mayoría de dos tercios en sede parlamentaria.

Es preciso reiterar, para evitar confusiones que el referéndum y otros mecanismos de democracia directa no son "per se" incompatibles con la democracia constitucional. Pero si el referéndum se plantea como expresión de una *voluntad unitaria* del pueblo que no admite condiciones, ni reglas, ni límites, ni diferenciación alguna entre la naturaleza constitucional o gubernativa de las cuestiones que se someten a referéndum, es evidente que la confrontación entre democracia directa y democracia constitucional será inevitable.

129 Cfr., Francisco Balaguer Callejón, Presentación del n. 25 de la *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Enero-Junio de 2016, en: http://www.ugr.es/~redce/REDCE25/articulos/00_PRESENTACION.htm

Ambas formulaciones, democracia directa y democracia constitucional, se han originado en etapas diferentes de desarrollo del constitucionalismo y responden a filosofías distintas que, en determinadas condiciones, pueden ser contradictorias. Para evitar esa contradicción hay que insertar a la democracia directa dentro de la democracia constitucional, aceptando que los límites constitucionales a la mayoría no dejan de tener sentido porque esa mayoría se manifieste directamente. Resulta necesario, por tanto, establecer garantías para que la democracia directa se exprese dentro del respeto a los límites constitucionales.

De otro modo, estaremos aceptando un concepto monista de democracia directa, que anula el pluralismo y pone en peligro la democracia constitucional. Un concepto monista que es, por lo demás, el que defienden los movimientos populistas cuando quieren hacer descansar el sentido de la democracia en los mecanismos de democracia directa y en la apelación directa al pueblo. En realidad, estos movimientos propugnan una involución democrática: la democracia considerada como expresión de un pueblo unitario y homogéneo, sin respeto a las minorías, un pueblo del que se pretende expulsar a quienes tienen otros planteamientos políticos.

El desprecio de esos movimientos a las instituciones del Estado constitucional y la presión sobre los mecanismos de control judicial y la justicia constitucional es otra manifestación más de la incompatibilidad del concepto de democracia que defienden con la democracia constitucional. Esto no quiere decir que la democracia directa se tenga que identificar necesariamente con estos movimientos, pero no puede dejar

de señalarse que son ellos los que han llevado el peso de la reivindicación de democracia directa y del cuestionamiento de la democracia representativa y de la democracia constitucional.

En todo caso, debemos contestar a la primera pregunta que nos planteábamos, la relativa a la compatibilidad entre la democracia directa (esto es, sin mecanismos de mediación o de representación) y la democracia constitucional. La respuesta es clara: la democracia directa como tal, *en plenitud*, no es compatible con la democracia constitucional incluso si fuera técnicamente viable. No lo es porque parte de la consideración monista del pueblo como unidad homogénea que es incompatible con el reconocimiento del pluralismo y con la idea de transacción, de compromiso y de consenso entre mayorías y minorías y es incompatible también con la garantía constitucional de los derechos de las minorías.

Eso no quiere decir que los mecanismos de democracia directa no sean positivos para completar y perfeccionar la democracia representativa, pero siempre que esos mecanismos se reformulen de acuerdo con las condiciones propias de la *democracia constitucional*[130]. Por ejemplo, en lo que al referéndum se refiere, mediante la diferenciación entre materias gubernamentales y constitucionales y la exigencia de mayorías cualificadas para procesos refrendatarios que afecten a estas

130 Cfr. Sobre esta cuestión y en relación con España, Benito Aláez Corral/ Francisco J. Bastida Freijedo, "La acomodación constitucional de la secesión: el caso español", en Paloma Requejo Rodríguez (Coord.) *La evolución de los modelos territoriales: reformulación versus ruptura*, *Fundamentos*, n. 10, 2018.

últimas. Salvo que, como ocurre habitualmente en la reforma constitucional, esas mayorías se hayan obtenido previamente en el seno de la decisión parlamentaria para hacer viable así la transacción y el consenso previo que evite que la decisión refrendataria opere sobre un vacío democrático desde el punto de vista de la democracia pluralista.

4.3. ¿Dónde se sitúa la democracia digital?

La segunda pregunta que nos planteábamos tiene que ver con si realmente los mecanismos de participación que forman parte hoy de esto que podríamos llamar democracia digital, son mecanismos participativos sin *mediadores* y, en el caso de que no lo fueran, si esos mediadores son democráticos, como en la democracia representativa. Es una pregunta necesaria porque el entorno digital es el que más ha impulsado la crisis de la democracia representativa, el "no nos representan", en relación justamente con las posibilidades que ese entorno ofrece para la participación democrática.

Desde esa perspectiva tenemos que ser conscientes de que *la percepción cultural* de los avances tecnológicos se va transfiriendo cada vez más a los procesos democráticos y constitucionales, creando la ilusión de que existe una correspondencia entre desarrollo tecnológico y desarrollo político. La evolución gradual de la técnica es algo habitual ya en nuestras vidas y se ha manifestado en el terreno informático con las sucesivas actualizaciones de equipos y de programas informáticos, de hardware y de software, que generan un referente cultural de progreso lineal e ininterrumpido. En el caso de Internet, la web sufre transformaciones significativas que permiten adje-

tivarla con puntos sucesivos, como ocurre habitualmente con el software informático (web 1.0, 2.0, etc.).

Ahora bien, ¿puede evolucionar la democracia del mismo modo que evoluciona la tecnología? y ¿si la tecnología supone avances concretos desde el punto de vista técnico, esos avances conllevan necesariamente un progreso constitucional y democrático? La realidad es que, si bien el avance tecnológico transforma la estructura económica y productiva, así como las pautas culturales de las sociedades, su valoración técnica no necesariamente tiene por qué coincidir con la valoración que hagamos del reflejo político y constitucional de ese desarrollo tecnológico[131].

Las nuevas tecnologías han tenido un impacto tanto positivo como negativo en los derechos constitucionales y en los procesos democráticos. Esa incidencia ha sido positiva en las fases iniciales de desarrollo de la web y especialmente en los primeros momentos de la web 2.0, cuando Internet se configuró de una manera más participativa y colaborativa. En los últimos años, sin embargo, se han generado procesos jerárquicos de ordenación de la información y de los datos a través de las grandes compañías tecnológicas que monopolizan la distribución de la información y que son los nuevos mediadores entre los usuarios y el espacio público. Por tanto, la pregunta de si es posible la participación directa *sin media-*

131 Sin perjuicio de que sea posible mejorar la democracia a través de la tecnología como se indica en el *Informe sobre la democracia digital en la Unión Europea: posibilidades y retos* (2016/2008(INI)), p. 11: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0041_ES.pdf

dores tiene una respuesta clara: con el modelo actual no es posible porque existen mediadores necesarios como son las grandes compañías tecnológicas que controlan los procesos comunicativos[132].

La segunda cuestión tiene que ver con las características de esos mediadores. En efecto, descartada ya la posibilidad de una democracia directa virtual, de una democracia digital efectiva y sin mediadores, hay que plantearse si, por lo menos, en el entorno digital podríamos hablar de procesos democráticos equiparables a los que ofrece la democracia representativa. Si así fuera, no habríamos perdido mucho porque tendríamos también representatividad en el entorno digital, aunque no pudiéramos hablar de democracia directa.

Sin embargo, lo cierto es que los mediadores digitales, las grandes compañías tecnológicas no solo carecen de cualquier condición representativa o de una mínima estructura democrática interna, sino que en su actuación lesionan de manera permanente los derechos de los usuarios e intervienen en los procesos de comunicación pública favoreciendo a determinadas opciones políticas. Si el hecho de que su *estructura interna* no sea democrática nos evidencia que no puede promover la democracia quien carece de una mínima estructura democrática, por otro lado, la forma en que están operando estas compañías plantea serias dudas respecto de su conformidad

132 Cfr. Francisco Balaguer Callejón: "Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 32, Julio-Diciembre de 2019: https://www.ugr.es/~redce/REDCE32/articulos/04_F_BALAGUER.htm.

con los ordenamientos constitucionales nacionales y con los procesos democráticos.

Las compañías tecnológicas no sólo están actuando de mediadores, sino que están sustituyendo también a los otros mediadores si consideramos que han generado una crisis en los medios de comunicación tradicionales, al reducir sus fuentes de ingresos, poniendo en peligro su subsistencia y dificultando la realización de sus funciones sociales[133]. La información está siendo distribuida cada vez en mayor medida a través de las redes sociales[134] y se evidencia un retroceso permanente de los medios de comunicación tradicionales[135].

---

133 *The Cairncross Review. A sustainable future for journalism*, 12 February 2019 cit., p. 5: "The news publishing business is undergoing an extraordinary period of contraction in both of its main traditional sources of revenue: advertising and circulation".

134 "In 2018, the Reuters Institute for the Study of Journalism reported that 74% of UK adults used some online method each week to find news, and 91% of 18–24-year-olds. Most online news is available for free and much of it is carried by aggregators such as Google News or Apple News, posted on Facebook's news feed, or sent from one person to another at the tap of a finger", *Ibidem*, p. 6.

135 "Sales of both national and local printed papers have plunged: they fell by roughly half between 2007 and 2017 and are still dropping. In addition, print advertising revenues, which used to carry much of the cost of producing news, have fallen even faster, declining in a decade by 69%. Small wonder so many news groups are struggling, including digital-only groups like HuffPost and Buzzfeed, as well as many local newspaper publishers. To cut costs, there have been mergers, as well as heavy cuts in staffing: the number of full-time frontline journalists in the UK industry has dropped from an estimated 23,000 in 2007, to 17,000 today, and the numbers are still swiftly declining", *Ibidem*, p. 6.

La creciente debilidad de los medios de comunicación está provocando la desaparición de medios y el debilitamiento de su función pública de formación de opinión a partir de una información objetiva y veraz[136]. Al mismo tiempo, los medios están experimentando también una dependencia creciente de los debates y la agenda política que se configuran en las redes sociales. Pero mientras los medios de comunicación tradicionales son abiertos y transparentes, en las redes sociales intervienen grupos y agentes anónimos que condicionan los debates y alimentan los que pueden generar más conflicto e inestabilidad.

Frente a los medios tradicionales, las compañías tecnológicas, por la forma en que distribuyen la información y articulan los espacios comunicativos, dificultan cada vez más la formación de *transacciones y consensos* políticos y constitucionales. La fragmentación del espacio público, la radicalización de las actitudes políticas y la manipulación de los procesos electorales generan una creciente inestabilidad en nuestros sistemas democráticos. De momento, lo que estas compañías

136 Como indica Anna Papa, se atiende más al dato aislado y no a su inserción en un proceso complejo de formación de conciencia, en el que el dato debe ser contextualizado para convertirse en información y junto con otras informaciones con las que se confronta, generar conciencia. Cfr. Anna Papa, "El derecho a ser informados en el marco de la tutela multinivel de la libertad de expresión", en P. Häberle, F. Balaguer Callejón, I. Sarlet, C. L. Strapazzon e A. Aguilar (Coords.), *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel. Libro Homenaje a Jörg Luther*, Madrid, 2020, pp. 271-272.

están generando es una involución democrática y constitucional[137].

Efectivamente, la web 2.0 trajo muchas expectativas de participación democrática a través de Internet que se manifestaron en una ampliación del espacio público al ámbito virtual y de los procesos comunicativos. La red pudo desempeñar desde entonces un relevante papel en la defensa de causas justas a nivel mundial e incluso en el fomento de procesos de transformación democrática de regímenes autoritarios. A ello hay que añadir las experiencias en el orden legislativo o constitucional relacionadas con procesos normativos o constituyentes que, si bien todavía son muy primarias, pueden abrir la puerta a futuros desarrollos que favorezcan la participación democrática de la ciudadanía[138]. Son muchos los ámbitos en los que la democracia digital puede contribuir a aumentar la calidad democrática de nuestras sociedades no sólo en el plano de la participación de la ciudadanía en el debate público o en los procesos electorales, sino también en otros muchos.

Sin embargo, la evolución de los últimos años ha sido muy negativa. Los canales comunicativos y participativos se han concentrado de manera monopolística en unas pocas com-

137 Cfr. Francisco Balaguer Callejón: "Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI" anteriormente citado.

138 Cfr. Eric Sales, "La transformation de l'écriture de la Constitution, l'exemple islandais", anteriormente citado y Ariane Vidal-Naquet, "La transformation de l'écriture de la loi : l'exemple de la loi sur la République numérique" anteriormente citado.

pañías globales[139] con un interés económico centrado en dos ámbitos: la publicidad y la acumulación de datos personales de los usuarios que posteriormente son utilizados como mercancía[140]. Para favorecer su modelo de negocio estas compañías promueven una actividad cada vez mayor de los usuarios en sus aplicaciones, lo que les obliga a diseñarlas con el objetivo de atraer y mantener su atención. En el ámbito político ese diseño está generando cada vez más agresividad y tensión en el espacio público, a la vez que provoca una fragmentación que se alimenta de *fake news* y posverdad.

---

139 *Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel*, March 2019, Jason Furman and others: "The largest digital companies have made extensive use of mergers, as their market shares have grown. Acquisitions have included buying businesses that could have become competitors to the acquiring company (for example Facebook's acquisition of Instagram), businesses that have given a platform a strong position in a related market (for example Google's acquisition of DoubleClick, the advertising technology business), and data-driven businesses in related markets which may cement the acquirer's strong position in both markets (Google/YouTube, Facebook/WhatsApp)", Ibidem, p. 11.
https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf

140 Resulta sorprendente que mientras Facebook compró en 2012 Instagram por 1.000 millones de dólares, pagara en 2014 nada menos que 19.000 millones de dólares por WhatsApp sin que esta última compañía, según indica *The Economist*, a pesar del enorme precio que ha pagado Facebook por ella, genere ingresos. Aunque el texto no se pronuncia sobre los posibles motivos, parece evidente que la motivación económica, no estando en la publicidad tiene que basarse en algún otro interés para Facebook y no es dificil imaginar cuál es ese interés. Cfr. "Dismembering Big Tech", *The Economist*, Oct. 24th, 2019, edition:
https://www.economist.com/business/2019/10/24/dismembering-big-tech

Las compañías tecnológicas son los actuales mediadores de los procesos comunicativos. Esa función de mediación la realizan a través de algoritmos orientados esencialmente a incrementar sus ganancias y no a favorecer la participación pública y democrática de la ciudadanía en esos procesos. No hay nada que permita hablar aquí de democracia digital sino, más bien, de involución democrática.

Junto con lo anterior, no podemos desconocer tampoco la vertiente de los derechos fundamentales en la configuración de una democracia constitucional. Sin respeto a los derechos no se puede hablar de democracia. Pero las compañías tecnológicas están generando masivas lesiones de los derechos fundamentales y no sólo referidas a la protección de los datos personales sino también al secreto de las comunicaciones, la intimidad e incluso los derechos políticos básicos. La intervención de Facebook en campañas electorales con propaganda subliminal personalizada, enviada en función de perfiles psicológicos elaborados con datos personales, es un ejemplo de la lesión masiva de derechos constitucionales, incluidos los derechos políticos, que estas compañías han provocado.

En definitiva, para poder avanzar en términos de democracia digital será necesario introducir *cambios profundos* en la estructura actual de los procesos comunicativos y de las compañías tecnológicas que los controlan. Para eso habrá que promover actuaciones en todos los niveles (internacional, supranacional, estatal) y ámbitos (desde los derechos fundamentales hasta las medidas antitrust, pasando por la educación digital de la ciudadanía).

La cuestión es, sin embargo, que esas medidas no son sólo obligadas para avanzar en democracia digital[141] sino también para *recuperar* nuestra democracia representativa y constitucional, que está sufriendo una grave involución que procede del mundo digital. Todo ello sin perjuicio de que, en muchos ámbitos, las nuevas tecnologías pueden contribuir a mejorar los procesos democráticos y la participación ciudadana en términos de democracia digital.

141 Sin que lleguemos nunca a sustituir la democracia representativa, como se señala en el *Informe sobre la democracia digital en la Unión Europea: posibilidades y retos* (2016/2008(INI)), p. 6: "el propósito de la democracia digital es promover una cultura democrática que enriquezca y refuerce las prácticas democráticas aportando medios adicionales para aumentar la transparencia y la participación de los ciudadanos, pero no establecer un sistema democrático alternativo en detrimento de la democracia representativa". Cfr. sobre la importante cuestión de la transparencia, que tanto relieve está adoptando, Eloísa Pérez Conchillo, *Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Configuración y naturaleza constitucional*, Tesis Doctoral, Granada, 2022. Cfr. igualmente, Mar Antonino de la Cámara, "Transparencia y derecho de acceso a la información *versus* protección de datos", *R.I.T.I.* no 4 Mayo-Agosto 2017.

5. EL NUEVO COLONIALISMO DIGITAL

5.1. Hacia la hegemonía global a través de la inteligencia artificial

El desarrollo científico ha sido siempre un aliado del colonialismo ya que el dominio militar y el económico han tenido históricamente una relación muy estrecha con la tecnología. Lo peculiar de esta época que estamos viviendo es que se están desarrollando nuevas formas de "colonización" derivadas directamente del desarrollo tecnológico. La capacidad de Estados Unidos (y en medida creciente, de China) de influir en el mundo y de promover políticas que sean favorables a sus intereses ya no depende como antiguamente de la presión militar o económica. Ahora se pueden generar cambios en las orientaciones políticas de otros países sin tener *presencia física* en ellos y sin condicionar su estructura económica. Se puede con hacer simplemente con inteligencia, para ser más exactos, con inteligencia artificial.

Por lo que se refiere a la Unión Europea y a las antiguas potencias coloniales, hoy no están presentes en la batalla por la hegemonía digital. Baste recordar que, en 2020, de las ocho primeras compañías del mundo en valor bursátil,

siete eran compañías tecnológicas, cinco de ellas americanas y dos chinas (Apple, Amazon, Microsoft, Alphabet/Google, Facebook, Alibaba y Tencent, por ese orden)[142] sin que hubiera ninguna europea. El debate en torno al 5G evidencia la incapacidad de Europa en este ámbito, en el que se está viendo forzada a elegir entre alternativas que no responden a sus intereses. La distinta respuesta de los países europeos a los requerimientos de Estados Unidos depende en gran medida de su mayor o menor dependencia del mercado chino[143].

El hecho de que la Unión Europea esté *ausente del mundo digital* es de una gran relevancia ya que se trata de un ámbito de tensión creciente del proceso de globalización en el que se está decidiendo el futuro de las economías nacionales y el reparto de poder en el mundo. La crisis sanitaria no solamente no ha interrumpido este proceso, sino que lo ha im-

142 La única no tecnológica de las ocho primeras, que ocupaba el puesto número dos en 2020, era Saudi Aramco. Cfr. CORONA (S.), FARIZA (I.), *Las tecnológicas agigantan su dominio en plena pandemia*, cit. La situación ha cambiado en relación con las compañías chinas en 2022 como consecuencia de sus tensiones con el Gobierno Chino, que les ha hecho perder valor bursátil y han dejado de estar entre las 10 primeras del mundo. Cfr., el ranking actual se puede ver en https://www.pwc.com/gx/en/audit-services/publications/top100/pwc-global-top-100-companies-by-market-capitalisation-2022.pdf.

143 Las reticencias que ha tenido Alemania para establecer limitaciones a Huawei en este ámbito tienen que ver con la fuerte dependencia de la economía alemana respecto de China. Por ejemplo, el grupo Volkswagen, primer fabricante mundial de automóviles, ha llegado a obtener el 50% de sus ingresos totales globales en China, donde alcanza un porcentaje del 14% del mercado. Cfr. BENNHOLD (K.) AND EWING (J.), *In Huawei Battle, China Threatens Germany 'Where it Hurts': Automakers*, "The New York Times", 16 January 2020.

pulsado. La creciente pujanza de las compañías tecnológicas y su incidencia en los procesos comunicativos no es algo ajeno a la crisis sanitaria aunque se haya prestado ayuda a los Estados en la gestión de la pandemia a través de algunas aplicaciones. También se ha potenciado mediante otras, las relacionadas con las redes sociales, la pérdida de credibilidad de las instituciones y de las respuestas científicas a la pandemia, debilitando la eficacia de la acción estatal. En el caso de Europa, la Comisión Europea ha destacado la necesidad de prestar atención a estos procesos comunicativos para evitar la difusión de información falsa que dificulte la lucha contra la pandemia[144].

La misma reflexión que podemos hacer respecto de la Unión Europea puede aplicarse también a los países de América latina. Un ejemplo paradigmático es Brasil, que, pese a su creciente *status* de potencia destinada a convertirse en la cuarta economía del mundo, ha experimentado una creciente de-

144 "La comunicación eficaz es un elemento imprescindible de cualquier respuesta a una crisis de salud pública. El éxito o el fracaso de la respuesta a una pandemia dependen en gran medida del compromiso de la comunidad, del comportamiento individual y del seguimiento de las recomendaciones en materia de salud pública. Por lo tanto, es imperativo que se realice un esfuerzo sostenido de comunicación para mantener a los ciudadanos al tanto de la evolución epidemiológica y de las posibles medidas restrictivas, que necesitan ser coherentes y claras para fomentar su cumplimiento por parte de los ciudadanos. Esto resulta especialmente importante en el contexto de la información falsa y engañosa que sigue circulando y también para abordar el riesgo de «hartazgo de la pandemia» y una creciente reticencia a respetar precauciones como el distanciamiento físico y la reducción de las interacciones sociales (…). Es preciso prestar especial atención al seguimiento y respuesta en las redes sociales". Comunicación de la Comisión sobre medidas adicionales de respuesta a la COVID-19, de 28 de octubre de 2020, pp. 6 y 7.

bilidad política motivada por la inestabilidad interna. Bajo la Administración Trump tuvo que hacer lo posible, como otros países de la zona, para mantener su vinculación política con Estados Unidos sin perder su vinculación económica con China. El propio fenómeno Bolsonaro ha sido en gran medida un producto de las redes sociales y de la intervención directa de Facebook en la política brasileña a través de su aplicación WhatsApp, como previamente lo había hecho y lo sigue haciendo en otros países, como Francia, Holanda o Italia a través de sus otras aplicaciones, Facebook o Instagram.

La evolución del último decenio en las relaciones de poder global nos evidencia el declive general de Estados Unidos como potencia económica, compensando por su sector tecnológico, frente a China, que es ya un actor ineludible en la escena internacional con el que hay que contar para cualquier acuerdo relevante. China ocupa una posición económica de liderazgo en el mundo desde 2014[145], si medimos su PIB en paridad de poder de compra (en PIB nominal sigue siendo EE. UU. la primera potencia económica) y está ampliando su esfera de influencia desde el ámbito militar al cultural, pasando por la cooperación con un gran número de países con los que ha generado alianzas económicas y políticas basadas en su tradicional, hasta ahora, diplomacia "blanda".

Las previsiones pueden cumplirse o no, pero si la situación volviera a la normalidad previa a la crisis sanitaria, en al-

145 Cfr. K. Fray "China's leap forward: overtaking the US as world's biggest economy", *Financial Times*, 8/10/2014: https://www.ft.com/content/166230a2-a18c-38f1-bcac-cbbdd495503a

gunos años China llegaría a tener una posición económica muy superior a la de Estados Unidos[146]. Lo cierto es que la crisis sanitaria no parece que vaya a frenar esa tendencia si tenemos en cuenta que frente a una contracción de la economía norteamericana del 3,5%[147] en el año 2020, el PIB de China creció un 2,3%[148]. La recuperación de 2021 también ha marcado también una diferencia entre China y Estados Unidos[149].

El hecho de que un país como China pudiera tener una posición hegemónica en el mundo resultaba ya preocupante desde 2014 por cuanto se trata de un Estado no democrático y en el mundo moderno esa posición ha sido ocupada hasta ahora por Estados democráticos. Algo fundamental

146 Estados Unidos se vería también superado por la India como segunda potencia mundial. Sobre estas previsiones económicas, cfr.: Informe de PricewaterhouseCoopers de enero de 2011, *The World in 2050.The accelerating shift of global economic power: challenges and opportunities*, en:http://www.pwc.com/gx/en/world2050/theacceleratingshiftofglobaleconomicpower.jhtml; y *Looking to 2060: LongTerm Global Growth Prospects*, OECD Economic Policy Papers, nº 03, November 2012.

147 Cfr. M.A. Sánchez-Vallejo, "La economía de EE UU sufre en 2020 la mayor caída desde la Segunda Guerra Mundial": https://elpais.com/economia/2021-01-28/la-economia-de-ee-uu-sufre-en-2020-la-mayor-caida-desde-la-segunda-guerra-mundial.html

148 Cfr. J. Santirso, "China logra crecer un 2,3% en el año de la pandemia", *El País*, 18/1/2021: https://elpais.com/economia/2021-01-18/la-economia-china-crece-un-23-en-2020.html

149 Mientras el PIB de Estados Unidos creció un 5,7%, el de China aumentó un 8,1%. Cfr., los datos del Banco Mundial en: https://datos.bancomundial.org/indicator/NY.GDP.MKTP.KD.ZG

no porque las políticas que estos países hayan desarrollado en el exterior de sus fronteras puedan considerarse siempre acertadas, baste recordar la última aventura en la que la Administración Bush metió a medio mundo, con la guerra de Irak y sus nefastas consecuencias posteriores. Pero después de Bush vino Obama (y después de Trump, Biden) y esa es la grandeza de las democracias, su capacidad para aprender de los errores y corregirlos.

En las elecciones presidenciales del 3 de noviembre, Estados Unidos ha corregido el inmenso error que ha supuesto la Administración Trump para su salud democrática interna y para su posición en el mundo. La Administración Trump supuso una renuncia al liderazgo de Estados Unidos, ya que se centró esencialmente en proteger a sus compañías tecnológicas. La presión sobre los Estados europeos para que no se implantara la tasa *google* es una de sus manifestaciones más evidentes[150]. Pero hay otras muchas, especialmente las orientadas a China, porque Europa sólo puede perjudicar a las tecnológicas norteamericanas mediante regulación, control y sanciones, algo a lo que temen, ciertamente[151]. Pero China

150 La amenaza de represalias por parte de Estados Unidos si se implantaba esa medida fiscal ha sido constante. Cfr. P. Guimón/L. Pellicer, "Estados Unidos rompe las negociaciones con Europa para una 'tasa Google' global", *El País*, 17 de junio de 2020. Una posición más equilibrada ha sido la del Presidente Biden, con la promoción de medidas impositivas en el marco de la OCDE que sustituirán a las tasas Google ya establecidas por algunos países europeos. Cfr. S. Ayuso, "Las principales economías mundiales logran un histórico acuerdo para hacer tributar más a las multinacionales", en *El País,* 1 de julio de 2021.

151 Baste mencionar la última sanción a Google, avalada por el TJUE, de 4.125 millones de euros, por abuso de posición dominante, al privilegiar en

compite directamente con ellas a través de sus propias tecnológicas, que se están expandiendo fuera de sus fronteras.

El caso Huawei es paradigmático, aunque no es el único, ya que la Administración Trump terminó por prohibir la descarga de la aplicación *TikTok* en Estados Unidos por temor a que la compañía tecnológica china que la diseñó pudiera obtener a través de ella los datos de los usuarios estadounidenses[152]. La Administración Trump conocía bien el problema porque TikTok y Huawei podrían estar haciendo (más todavía esta última cuando se extienda la red de 5G si se utiliza su tecnología) lo mismo que hacen las compañías tecnológicas estadounidenses en todo el mundo: vulnerar los derechos de los usuarios, obtener sus datos personales lesionando sus derechos fundamentales, utilizarlos para conseguir beneficios sustanciosos mediante su venta a otras compañías y procesarlos a través de algoritmos con finalidades comerciales muy diversas.

Desde el punto de vista de la protección de los derechos constitucionales cabría esperar una mayor sensibilidad de

---

las búsquedas a los productos de las empresas que contrataban publicidad con Google. Cfr.: Manuel V. Gómez, "Las mayores multas impuestas por Bruselas: tecnológicas, bancos de inversión y camiones", *El País*, 15 de septiembre de 2022.

152 Sin embargo, la prohibición fue levantada por un juez federal. Cfr. P. Ximénez de Sandoval: "Un juez impide al Gobierno de Trump vetar a TikTok en Estados Unidos", *El País*, 28 de septiembre de 2020. Por su parte, la Administración Biden levantó la prohibición, aunque la tensión continúa, como muestra la reciente petición de la FCC a Apple y a Google para que retiren la aplicación de TikTok. Cfr. F Bracero, "El regulador de EE.UU. pide a Apple y Google que retiren la app de TikTok", La Vanguardia, 30 de junio de 2022.

la Administración estadounidense que de China en relación con el control de la actividad de sus compañías tecnológicas. Sin embargo, la experiencia nos muestra que esa sensibilidad no se ha manifestado ni siquiera para proteger los derechos constitucionales de la ciudadanía norteamericana. Lo que sabemos desde 2016 sobre la forma en que estas compañías están abusando de su posición de monopolio para lesionar los derechos constitucionales a nivel global es muy preocupante. Después de las elecciones presidenciales norteamericanas de 2016 y el acceso al poder de un personaje tan peculiar como Donald Trump bien se pudo decir que el lema real de su Presidencia no fue *America First* sino que se convirtió en *American Tech Companies First*.

Esta transformación es comprensible hasta cierto punto, no sólo por la relación que han tenido desde el principio con los servicios de inteligencia estadounidenses[153] sino también porque las compañías tecnológicas son las que están desarrollando nuevas formas de colonización en el mundo, más sutiles, pero también más efectivas que las que se habían desarrollado previamente por Estados Unidos en el marco de la guerra fría.

La hegemonía digital se evidencia, por ejemplo, en el *control de los datos*, el gran motor de la economía de este siglo XXI: el 92% de los datos generados en el mundo occidental están

153 Cfr. al respecto, Shoshana Zuboff "The Coup We Are Not Talking About", *The New York Times*, 29/1/2021, cit., p. 3: https://www.nytimes.com/2021/01/29/opinion/sunday/facebook-surveillance-society-technology.html

custodiados por empresas norteamericanas[154]. Son también estas empresas las que procesan los datos a través de sus algoritmos y ofrecen sus productos en el mercado de la publicidad, la información, el entretenimiento y, lamentablemente, de la propaganda política y de la manipulación electoral por parte de alguna de ellas, como es el caso de Facebook.

5.2. La *patria* de las compañías tecnológicas

La relación de las compañías tecnológicas con sus países de origen es una manifestación del poco juego que los valores constitucionales tienen en su actividad. En el caso de China eso es normal porque se trata de una dictadura. En Estados Unidos, sin embargo, sería más lógico pensar que el "patriotismo constitucional" se manifestara también en el modo de actuar de sus compañías tecnológicas. Lo cierto es, sin embargo, que estas compañías se han regido generalmente por sus intereses económicos, dejando a un lado cualquier compromiso con la constitución.

La promoción de Trump al poder mediante operaciones de ingeniería electoral que incluían propaganda subliminal personalizada, favorecidas por Facebook, tenía un sentido claro: evitar los controles a los que la Administración Clinton podía haber sometido a las compañías tecnológicas. El efecto fue similar al del referéndum del *Brexit*, igualmente promocionado

154 Cfr.: Frente al 4% en Europa, por ejemplo. Cfr. L. Pellicer/I. Fariza, "Europa ultima un plan para dar la batalla en el negocio de los datos", El País, 27 de noviembre de 2019: https://elpais.com/economia/2019/11/16/actualidad/1573926886_318836.html

por Facebook: inestabilidad política, conflicto, radicalización de la esfera pública y, por tanto, aumento de la utilización de las redes sociales con el consiguiente incremento de sus beneficios. Además, la Administración Trump se convirtió en el gran protector de estas compañías frente a la Unión Europea y frente a China, en el primer caso entorpeciendo las medidas de control europeas y en el segundo dificultando la actividad de las tecnológicas chinas.

Donald Trump fue promovido al poder para no hacer nada, para denigrar a la política frente a la economía y a la tecnología, para minar las bases constitucionales de Estados Unidos y favorecer el modelo de negocio de los que le ayudaron a conseguir la presidencia de Estados Unidos. El resultado ha sido que Estados Unidos se ha debilitado extraordinariamente con la Administración Trump y eso contrasta enormemente con la situación de China.

En el caso de China, son sus compañías tecnológicas las que se someten a los intereses generales de China como país. La tensión real por la hegemonía digital no se da tanto entre China y Estados Unidos sino más bien entre las compañías tecnológicas norteamericanas y China, que actúa como un *agente global* con estrategias más propias de una gran compañía comercial que de un Estado. La dificultad que tiene la Administración norteamericana para controlar a sus propias tecnológicas no se da en China, como evidencia el caso de Alibaba[155].

155 Cfr. J. Santirso, "Caída y desaparición del millonario dueño de Alibaba" *El País*, 13 de enero de 2021. Cfr. igualmente, J. Santirso "Jack Ma, el fundador de Alibaba, reaparece después de tres meses desaparecido", *El País*, 20 de enero de 2021.

Esas estrategias le otorgan ventaja a China sobre Estados Unidos en el contexto de la globalización. La lucha por la hegemonía digital va a ser muy complicada y seguramente no habrá un vencedor. La compenetración de ambos países en sus estructuras económicas y tecnológicas es muy importante y las pérdidas serían enormes para ambos si se produce un conflicto abierto. Sea cual sea el resultado, lo que parece claro es que nuestros derechos constitucionales y nuestros sistemas políticos se seguirán viendo sometidos a agentes externos que lesionan el orden democrático, condicionan las políticas públicas y vulneran masivamente los derechos fundamentales.

Por lo que se refiere a Estados Unidos, los problemas que generó la elección de un Presidente populista como Trump se evidenciaron de manera trágica con la crisis sanitaria. Al igual que ocurrió en Brasil con Bolsonaro (igualmente promocionado al poder con el mismo propósito de denigrar la política y los valores constitucionales) el Presidente generó el caos y dificultó extraordinariamente el control de la propagación del virus, provocando una letalidad terrible y potenciando la crisis económica al impedir una respuesta eficaz contra la pandemia.

Hemos podido comprobar entonces como los anticuerpos que se habían desarrollado históricamente contra el fascismo desde el final de la segunda guerra mundial[156] han resultado útiles para controlar la *acción* del Estado y para limitar su evolución hacia regímenes totalitarios, pero, desgraciadamente

156 Cfr. F. Balaguer Callejón, "Direito Constitucional, Pandemia e Globalização", *Prima@Facie*, v.19, n. 42, maio-ago., 2020, p. 16-36.

no han sido eficaces para controlar la *inacción* del Estado, propia del populismo.

A diferencia del fascismo y, precisamente por los anticuerpos que dificultan una evolución en sentido totalitario, el populismo se caracteriza por una retórica vacía destinada a cuestionar la política, la democracia y el Estado de derecho, junto con una inacción constante en términos de gestión política. La Administración Trump es el mejor ejemplo, con su famoso "muro" que debía pagar México, y un discurso antimigratorio contradictorio con el hecho de que Estados Unidos tenía un desempleo técnico de en torno al 3% durante su mandato y necesitaba mano de obra inmigrante para mantener su economía.

No sabemos hasta qué punto la gestión de Trump con motivo de la crisis sanitaria ha podido influir en el cambio de actitud de las compañías tecnológicas en las últimas elecciones presidenciales, donde –al menos en lo que podemos conocer– han mantenido una actitud neutral con los dos candidatos[157]. En el caso de Facebook, en claro contraste con los intereses de Trump, ha llegado a promocionar la participación electoral

157 Especialmente destacable es el giro que, al menos aparentemente, dieron Facebook y Twitter, en relación con la posición que mantuvieron en las elecciones presidenciales de 2016. Ambas compañías comenzaron a etiquetar los mensajes del Presidente Trump con advertencias respecto de su carácter controvertido o engañoso, e incluso a bloquear algunos de esos mensajes: Cfr. por ejemplo, J.D. Godoy, "Twitter y Facebook etiquetan como *engañoso* un mensaje de Trump a pocas horas de la jornada electoral", en *El País*, 3 de noviembre de 2020.

con páginas de información incluso en español[158]. Una actitud neutral que se convirtió después de las elecciones en un enfrentamiento directo con el Presidente cesante cuando se negó a reconocer el resultado y finalmente en el bloqueo de sus cuentas en Facebook[159] y Twitter[160] cuando se produjo el asalto al Capitolio por las personas que previamente habían participado en el mitin en el que Trump les arengó y los animó.

Ahora bien, por más que las compañías tecnológicas parecen haber aprendido de los errores pasados, lo cierto es que, más allá de evitar interferencias en el proceso electoral estadounidense, su actitud sigue siendo la misma en muchos otros ámbitos en los que representan un peligro para los derechos y la democracia. Un peligro que se extiende también a la lucha contra las pandemias, al contribuir a debilitar la confianza en las instituciones y en la ciencia[161].

---

158 Cfr. https://es-es.facebook.com/votinginformationcenter.

159 Cfr. M. Isaac and K. Conger "Facebook Bars Trump Through End of His Term", *The New York Times*, 7/1/2021: https://www.nytimes.com/2021/01/07/technology/facebook-trump-ban.html

160 Cfr. K. Conger and M. Isaac "Twitter Permanently Bans Trump, Capping Online Revolt", *The New York Times*, 8/1/2021: https://www.nytimes.com/2021/01/08/technology/twitter-trump-suspended.html

161 "Trust in institutions is eroding. Governments, scientists, the media, public health, health systems and health workers in many countries are facing a breakdown in public trust that is threatening their ability to function effectively. The situation is exacerbated by misinformation that can hinder disease control communicated quickly and widely via social

Resulta paradigmático el doble juego que hemos visto que mantuvo Facebook, reprobando públicamente a Trump y bloqueando sus cuentas, por un lado, mientras seguía promocionando el discurso *trumpista* a través de sus algoritmos. Hasta tal punto de que esos discursos adquirieron una relevancia extraordinaria en el sistema de Facebook y contribuyeron a favorecer el asalto al Capitolio, como hemos señalado anteriormente[162].

La presión de las compañías tecnológicas, la lucha por la hegemonía digital y la competencia en el ámbito económico, cada vez más favorable a China, dificultará también la capacidad de acuerdo con Estados Unidos bajo la Administración Biden. Sin embargo, el talante dialogante y democrático del nuevo Presidente de Estados Unidos enviaba buenas señales para contribuir a que Estados Unidos volviera a la escena internacional y promoviera acuerdos, como ha ocurrido hasta la guerra de Ucrania, que ha cambiado todas las prioridades.

Además de ser un retroceso civilizatorio terrible, la guerra está alterando el orden mundial sin que se puedan prever las consecuencias que va a tener en la relación de fuerzas global (más allá de que contribuirá también a reforzar a China). La guerra de Ucrania es una guerra del siglo XX, propia de la

---

media". Global Preparedness Monitoring Board, *A world at risk. Annual report on global preparedness for health emergencies*, Septiembre de 2019, p. 15: https://apps.who.int/gpmb/assets/annual_report/GPMB_annualreport_2019.pdf

162 Cfr. Stuart A. Thompson/Charlie Warzel "How Facebook Incubated the Insurrection. Right-wing influencers embraced extremist views and Facebook rewarded them", *The New York Times*, 14 de enero de 2021, citado.

guerra fría. Ojalá que la dinámica de la globalización termine pronto con ella.

5.3. ¿Qué hacer con las compañías tecnológicas y con la inteligencia artificial?

Hemos visto el daño que un uso inadecuado de la inteligencia artificial está provocando en la democracia y en los derechos de la ciudadanía. En particular, la utilización de algoritmos para potenciar discursos que generan fragmentación y radicalización del espacio público como instrumento para atraer la atención de los usuarios e incrementar los beneficios de las compañías tecnológicas. También la elaboración, por medio de algoritmos, de perfiles psicológicos que son utilizados para distribuir propaganda subliminal personalizada y dirigida a sus destinatarios igualmente a través de algoritmos.

Obviamente, la crítica que estamos realizando no está dirigida a los algoritmos ni al desarrollo tecnológico, que tantas cosas positivas están aportando a nuestras vidas. La solución a un *uso malicioso* de los algoritmos no es impedir su uso legítimo ni retroceder en el progreso de la técnica para evitar los efectos disfuncionales que se pueden producir por los adelantos científicos.

Pero la economía digital está provocando una desigualdad radical entre los países que la lideran, Estados Unidos y China, y el resto del mundo. Teniendo en cuenta que se trata de las dos principales economías globales, con una diferencia de tamaño muy importante sobre las demás, este liderazgo implica un *plus* adicional porque alimenta la posición hegemónica que estos países tienen en muchos ámbitos.

En el plano tecnológico, esa desigualdad amenaza con generar nuevas formas de *hegemonía* y nuevas estructuras de dominio que ahora se manifiestan esencialmente en un ámbito virtual. La capacidad de influencia de las grandes compañías tecnológicas en la economía y en la política de otros países no tiene precedentes. A través de las redes sociales y de las aplicaciones de Internet estas compañías se proyectan sobre la vida social, política y económica de muchos países en un proceso que se ha visto impulsado extraordinariamente por la crisis sanitaria y la virtualización generalizada que ha producido.

Para que nos hagamos una idea de la dimensión que estas compañías tecnológicas están adquiriendo como consecuencia de la crisis sanitaria y de las transformaciones que está generando en la economía mundial, baste indicar que, a finales de julio de 2020, Apple o Amazon tenían ya un valor bursátil (con 1,61 y 1,49 billones de dólares respectivamente) superior al del PIB de España (1,42 billones de dólares). Si les uníamos a ambas el valor bursátil de Google (Alphabet, 1,03 billones de dólares), entre las tres superaban ya el PIB de Alemania (3,96 billones de dólares)[163]. Solo un mes después, a finales de agosto, Apple se convertía en la primera compañía estadounidense en superar los dos billones de dólares de capitalización bursátil (2,13 billones), superando por sí sola el PIB de Italia (2,10 billones)[164]. En enero de

163 En valor bursátil alcanzado el jueves 23 de julio de 2020. Cfr. M.A. García Vega: "FAANG: el acrónimo más caro de la historia", *El País*, 25 de julio de 2020.

164 Cfr. S. Corona, I. Fariza: "Las tecnológicas agigantan su dominio en plena pandemia", *El País*, 23 de agosto de 2020.

2022, Apple superó ya los 3 billones de dólares en valor en Bolsa[165].

Las consecuencias de esa acumulación de poder económico las veremos en el futuro, pero de mayor alcance puede considerarse el poder social y político que tienen esas y otras compañías por medio de la acumulación de datos personales, que les otorga una *gran capacidad de influencia social* y que les ha permitido intervenir en la esfera política debilitando extraordinariamente el poder de algunos Estados, como es el caso de su propio país de origen, los Estados Unidos. La hegemonía digital es una nueva forma de dominación cuyo estudio requiere de tiempo para ver si se consolidan las tendencias que se han generado en los últimos años y cómo evolucionan.

Da la impresión de que el futuro lo han ganado ya las compañías tecnológicas, pues son ellas las que están dictando las reglas en los ámbitos en los que proyectan su actividad. No se trata sólo del mundo virtual, ya que sus aplicaciones están destinadas a la economía y a la sociedad real y actúan en ese ámbito, con carácter general. Algo que debe resaltarse en relación con compañías como Amazon, que están transformando la economía real y afectando a sectores productivos completos de muchos países.

La clave para controlar a las compañías tecnológicas tiene que ver con la *inteligencia artificial* que se usa para extraer los

165 Cfr. Reuters/El País, "Apple se convierte en la primera compañía del mundo en superar los tres billones de dólares de valor en Bolsa", *El País*, 3 de enero de 2022.

datos y para procesarlos. Es fundamental que se establezcan límites a la extracción de datos, sistemas de almacenamiento que no supongan un monopolio de las compañías tecnológicas sobre las nubes de datos y sistemas de procesamiento que se puedan someter a control y a exigencia de responsabilidad. Hay que controlar a los algoritmos que se utilizan para recoger los datos y a los que se utilizan para procesarlos, elaborar perfiles y dar un uso comercial o político a esos perfiles.

6. EL FINAL DE UNA ÉPOCA DORADA

6.1. La época dorada

El constitucionalismo de las constituciones normativas ha sido la gran construcción política y jurídica que ha hecho posible el control del poder del Estado, la garantía de los derechos fundamentales y la articulación democrática y pacífica de los conflictos sociales y políticos en Europa después de la Segunda Guerra Mundial. Pero esa construcción se desarrolla en un momento histórico en el que el proceso de globalización comienza a activarse de nuevo y el proceso de integración supranacional en Europa da sus primeros pasos.

En ambos procesos, el constitucionalismo está ausente inicialmente y no comenzará a proyectarse, especialmente por lo que se refiere a la integración europea, hasta fechas recientes. En cierto sentido podríamos decir que la época de plenitud del constitucionalismo llevará en sí el germen de su decadencia posterior, precisamente porque intenta regular el poder, entonces concentrado en el Estado, y ese poder comienza a desvincularse progresivamente del Estado en la misma época en que se aprueban en Europa las primeras constituciones normativas, la alemana (1949) y la italiana (1948).

Pero no será hasta el siglo XXI, con el ritmo acelerado que la globalización y el desarrollo tecnológico están imprimiendo al tiempo histórico actual, cuando se haga evidente la incidencia negativa que estos procesos puede llegar a tener sobre las condiciones materiales que hicieron posible el constitucionalismo de las constituciones normativas. En realidad, si tenemos en cuenta los factores que están en la base de los fenómenos de fragmentación social, polarización política, sectarismo, manipulación propagandística, desarrollo del populismo y, en última, instancia, involución democrática, podemos ver como el patrimonio constitucional europeo nos permite abordar estas cuestiones con una perspectiva histórica para aprender de experiencias previas.

Estos fenómenos ya estaban presentes en el debate público previo a la consolidación en Europa de las constituciones normativas después de la Segunda Guerra Mundial, que dieron lugar a lo que podríamos considerar la "época dorada" del constitucionalismo[166]. Pero, en ese momento, todavía era posible intentar resolver esos problemas en el seno del Estado y por medio de la constitución, porque la economía y la política dependían en gran medida de la mediación estatal.

Sin embargo, el contexto de la globalización ha desplazado gran parte del poder real de los Estados, situándolo en los circuitos financieros, en su vertiente económica, y en los agentes de la comunicación global, en su vertiente política. Se trata de un cambio de paradigma, que debilita extraordinariamente

166 Cfr. Francisco Balaguer Callejón, "El final de una época dorada. Una reflexión sobre la crisis económica y el declive del Derecho constitucional nacional", citado.

al Estado y lo deja en gran medida inerme, dando lugar a las grandes crisis que el constitucionalismo europeo ha tenido que afrontar en este siglo XXI. Para comprender el alcance de esas crisis hay que tener en cuenta que el constitucionalismo surgió históricamente como un movimiento de control del poder centrado esencialmente en el poder del Estado.

El perfeccionamiento de técnicas e instrumentos de limitación del poder culmina en el seno del Estado nacional con las constituciones normativas, a través de instancias políticas y jurídicas que someten a las instituciones políticas a reglas destinadas a garantizar los derechos de la ciudadanía y proteger a las minorías. Así ha sido durante la segunda mitad del siglo XX para muchos países europeos.

Pero, a partir del siglo XXI, el ritmo acelerado de la globalización está situando fuera del Estado ámbitos de poder cada vez más amplios e intensos, que no están sometidos a control alguno. En gran medida, esta ausencia de control se deriva de los avances tecnológicos, que generan nuevas formas de lesión de los derechos fundamentales imposibles de prever, porque surgen de la imposición de los intereses comerciales de las grandes compañías tecnológicas, que se mueven en una zona oscura para el Derecho y, específicamente, para el Derecho constitucional.

Se produce así la paradoja de que, cuando el constitucionalismo ha comenzado a culminar su gran obra civilizatoria en la historia de la humanidad, comienza también su declive, unido al del propio Estado como espacio de articulación del poder que se ejerce sobre la ciudadanía. En las grandes crisis del constitucionalismo del siglo XXI, la primera de ellas, la

financiera de 2008, dejó a algunas constituciones en suspenso[167], afectando de manera sustancial a los principios y valores establecidos en ellas.

La segunda crisis, la democrática de 2016, se produce debido a la manipulación propagandística mediante la utilización de redes sociales y aplicaciones de Internet, que han alterado las condiciones del espacio público y que han intervenido de manera muy eficaz en procesos electorales tales como el referéndum sobre el *Brexit* o las elecciones presidenciales de Estados Unidos. Compañías tecnológicas que gestionan redes sociales, de manera destacada Facebook, influyeron en la orientación del voto a través de propaganda subliminal personalizada con la acumulación masiva de datos personales para la construcción de perfiles de usuario.

La tercera crisis, la sanitaria, ha incorporado otras muchas crisis en su interior. En relación con el Estado, ha generado una nueva crisis económica. Respecto de la democracia y los derechos afectados por las compañías tecnológicas, ha reforzado extraordinariamente a estas compañías dándole un impulso fundamental a la sociedad digital. Desde el punto de vista de la solución de la crisis, de nuevo ha situado fuera del Derecho y de la cultura jurídica la valoración de la crisis y de las respuestas necesarias, sometidas inevitablemente al conocimiento científico en el campo epidemiológico[168].

---

167 Cfr. Francisco Balaguer Callejón, "Crisi economica e crisi costituzionale in Europa", citado.

168 Cfr. Francisco Balaguer Callejón "Diritto di emergenza e pluralismo territoriale nel contesto europeo" en prensa actualmente en Italia.

Los agentes globales que han provocado algunas de estas crisis o se han fortalecido con ellas, se sitúan al margen del Estado y de la constitución nacional. Caben serias dudas de que los Estados europeos tengan la capacidad de imponerles condiciones y garantizar los derechos de su ciudadanía en plenitud frente a esos poderes. La cuestión que se plantea entonces es si es posible recuperar el constitucionalismo estatal a través del constitucionalismo supranacional, en particular mediante la integración europea, cuya magnitud haría posible una actuación como agente global capaz de limitar el enorme poder de esos agentes globales y, en particular, de las grandes compañías tecnológicas.

6.2. La crisis del constitucionalismo estatal

La creciente permeabilidad del Estado a los agentes globales que actúan en el plano financiero y comunicativo, ha determinado las grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en este siglo XXI. Podríamos decir que estas son crisis democráticas en cuanto a su resultado final, porque dan lugar a procesos de involución democrática. Pero las económicas han generado una *involución democrática "externa"* en el sentido de que se produce en el exterior de los procesos políticos estatales, mediante la imposición de condiciones económicas que limitan la capacidad de acción del Estado. Las tecnológicas, por el contrario, han generado una *involución democrática "interna"* porque afecta ya al núcleo mismo de los procesos políticos estatales, con la interferencia en procesos electorales y en el debate público de compañías tecnológicas que gestionan redes sociales y que intentan determinar los resultados de esos procesos por medio de la manipulación propagandística.

Por un lado, la primera en el tiempo ha sido la crisis financiera, que ha dado lugar a una *externalización del poder estatal*, sometido a las condiciones económicas que se han dictado desde fuera. Con motivo de la crisis, como ya hemos señalado, se ha intentado implantar una "interpretación económica de la constitución"[169] que ha debilitado los valores inspiradores del constitucionalismo, afectando en gran medida a la legitimidad de las constituciones nacionales. La economía ha intentado usurpar el espacio no sólo de la política sino también de la propia constitución, marginando a la constitución nacional y convirtiéndola en una institución residual en el espacio público, perdiendo en gran medida su fuerza normativa, su carácter pluralista y su condición de factor regulador de la dinámica social.

Por otro lado, la segunda ha sido la crisis democrática interna generada por las redes sociales, que se ha manifestado a partir del referéndum sobre el *Brexit* y de las elecciones presidenciales de 2016 en Estados Unidos, con la incidencia que ha tenido alguna de las grandes compañías tecnológicas sobre los procesos electorales, mediante el diseño de propaganda subliminal personalizada.

La involución democrática generada con ocasión de la crisis financiera es muy grave porque altera las condiciones estructurales básicas del constitucionalismo europeo (derechos fundamentales, derechos sociales, descentralización política, normatividad de la constitución, división de poderes). Pero la involución democrática interna es todavía más grave porque

169 Cfr. Francisco Balaguer Callejón "Una interpretación constitucional de la crisis económica". citado.

afecta a los procesos políticos de formación de la voluntad estatal *internalizando el poder de los grandes agentes globales*.

Desde ese punto de vista, ambas crisis han generado, de manera complementaria, una debilidad cada vez mayor de la democracia pluralista. Por un lado, la financiera reduce el pluralismo al obligar al Estado, cualquiera que sea la orientación política de sus gobernantes –es decir, sea cual sea lo que piensen respecto de cómo debe producirse la acción estatal– a hacer las políticas que se imponen desde fuera (en última instancia condicionadas por los especuladores financieros).

Por su parte, la comunicativa es todavía más problemática, porque no se limita a condicionar al Estado desde fuera, sino que pretende subvertir los procesos democráticos de formación de la voluntad estatal para determinar, desde dentro de esos procesos, la voluntad de los gobernantes. No se trata ya de decirles a los representantes democráticos lo que deben hacer en virtud de exigencias económicas externas, aunque piensen de manera diferente, sino de definir directamente lo que deben pensar para poder convertirse en opciones de gobierno, a través de la manipulación propagandística de sus votantes.

Desgraciadamente, con esto no acaban los problemas generados por las grandes crisis del constitucionalismo de nuestro tiempo. Más allá de los efectos visibles de la intervención de estos nuevos poderes globales, se están provocando daños estructurales que pueden afectar a la esencia misma del constitucionalismo en su última fase de desarrollo hasta ahora, la representada por las constituciones normativas y la democracia pluralista.

En el plano económico, se están minando las bases del Estado social y se están deteriorando sus raíces culturales. En el plano comunicativo, pese a la potencialidad participativa que tienen las redes sociales, se está produciendo un creciente aislamiento y encapsulamiento de la ciudadanía en grupos y un cambio de patrones de conducta en los partidos políticos y en los medios de comunicación, que dificultan cada vez más los procesos comunicativos reflexivos, orientados a la formación de consensos, que son propios de la democracia pluralista.

La segmentación y disgregación progresiva del espacio público se está viendo potenciada extraordinariamente por las redes sociales y las aplicaciones de Internet, ya que les resulta económicamente productiva a las grandes compañías tecnológicas. La generación de inestabilidad política y de conflictos sociales virtuales a través de las redes incrementa sus ingresos publicitarios. La lógica economicista que se ha instalado en los grandes agentes globales está provocando un retroceso civilizatorio y una crisis existencial del constitucionalismo.

Estamos asistiendo a una transformación de los patrones culturales que habían regido la vida pública de las sociedades democráticas en el constitucionalismo moderno y a un cambio de paradigma. Ese cambio de paradigma no se puede perfilar todavía de manera precisa debido a las dinámicas tan aceleradas que se están generando, que hacen que periódicamente haya alguna novedad respecto de líneas significativas en la utilización de las redes con finalidades diversas, aunque generalmente vinculadas al beneficio económico de las compañías tecnológicas.

Este ritmo dificulta mucho el análisis científico, por cuanto no es posible conocer previamente los efectos que esas transformaciones van a tener en el medio y largo plazo. La reflexión teórica tiene que extraer de esas líneas incipientes las tendencias que posiblemente incidirán en el espacio público, en la configuración democrática de los países y en sus procesos constitucionales.

La acción combinada de una presión económica de base derivada de la globalización, que se evidenció de manera clara con la crisis financiera desde 2008, y de una creciente intervención de las compañías tecnológicas que gestionan redes sociales en los procesos políticos (especialmente evidente a partir de 2016, cuando tuvo su gran "ensayo general" en el referéndum sobre el *Brexit*) está generando una transformación de las condiciones materiales y de las pautas culturales del constitucionalismo y dando lugar a un cambio de paradigma.

Si ese cambio se consolida, estaríamos ante un constitucionalismo aislado, residual, que no podría cumplir con las funciones históricas que lo caracterizan. Un constitucionalismo deslegitimado por los requerimientos económicos y tecnológicos de nuestro tiempo, que quedaría marginado de los procesos políticos reales, que se vería incapaz de controlar a los auténticos poderes de nuestra época y de garantizar los derechos fundamentales frente a esos poderes.

Esto ocurre justamente cuando el constitucionalismo había conseguido controlar en lo esencial el poder del Estado a través de mecanismos políticos y jurídicos de exigencia de responsabilidad establecidos en las constituciones normativas.

El motivo fundamental consiste en que ese poder, que antes se ejercía en el seno del Estado nacional, se está desvinculando cada vez más del Estado y se está ejerciendo ahora desde instancias globales. Por tanto, el constitucionalismo tiene que diseñar nuevas estrategias que hagan posible la recuperación de las funciones históricas que lo han caracterizado como movimiento civilizatorio, para controlar el poder allí donde está actualmente, en gran medida fuera del Estado y de los circuitos internos de formación de la voluntad estatal.

6.3. La marginación de la constitución en los nuevos entornos digitales

En el nivel democrático del gobierno ordinario de una sociedad, los fenómenos de polarización, conflicto, sectarismo incluso, son hasta cierto punto manejables (solo hasta cierto punto, ciertamente), porque forman parte de los procesos de debate y decisión propios de la democracia pluralista. En el nivel constitucional, sin embargo, suponen una prueba de fuego para la existencia misma de un orden constitucional. Si la fragmentación del espacio público, la inestabilidad y el enfrentamiento entre sectores sociales, no permite llegar a consensos constitucionales (ya sea para la aprobación de nuevas constituciones ya sea para la reforma de las existentes) estaríamos ante una creciente inoperancia y aislamiento del derecho constitucional respecto de la sociedad, que determinaría a medio plazo el fin de la constitución tal y como la hemos conocido hasta ahora.

Respecto del derecho constitucional, las redes sociales y las aplicaciones de Internet avanzan también un *cambio de paradigma*, en el que no basta simplemente con pensar en su re-

gulación para adaptarlas a las exigencias propias del constitucionalismo, sino que, como en toda interacción dialéctica, es necesario plantearse igualmente qué tenemos que cambiar en el derecho constitucional de nuestro tiempo para adaptarlo a la sociedad digital y a los nuevos procesos comunicativos y sociales que genera.

La transformación de los patrones culturales que se está produciendo y el cambio de paradigma que se está generando va a afectar a la forma de entender el derecho constitucional que hemos tenido hasta ahora, lo que implica también una nueva concepción del espacio público y de los derechos y la democracia, determinada por el desarrollo tecnológico y comunicativo. Pero, al mismo tiempo, es necesario corregir los elementos disfuncionales en la configuración actual de los procesos comunicativos diseñados por las grandes compañías tecnológicas, que es susceptible de provocar una involución democrática. Estamos ante una nueva frontera, cuyos contornos precisos no se han desvelado todavía y se irán perfilando en los próximos años.

En los nuevos entornos comunicativos, la constitución ha dejado de ocupar el centro del espacio público y se ve desplazada y progresivamente marginada. Una marginación que es al mismo tiempo formal y material. Formal por lo que se refiere a los propios procesos, especialmente a través de las redes sociales y de las aplicaciones de Internet, que resultan cada vez más incoherentes cuando no incompatibles con la cultura constitucional. Material por lo que se refiere a los contenidos de los debates en el espacio público, cada vez más alejados de los principios y valores constitucionales.

La revitalización de la constitución será complicada porque estamos ante un cambio de paradigma que ha generado nuevas pautas culturales. La transformación de los patrones culturales va a afectar a la forma de entender el espacio público, los derechos y la democracia, determinada ahora por el desarrollo tecnológico y la configuración de la sociedad digital por parte de las grandes compañías tecnológicas.

Desde el punto de vista de la cultura constitucional hay que reconocer que la coexistencia entre procesos constitucionales y nuevos ecosistemas comunicativos no es fácil. Podemos señalar algunas contradicciones importantes que son perceptibles en relación con la cultura constitucional de las constituciones normativas[170]:

1. Las constituciones se basan en el *consenso fundamental de la sociedad*, articulado a través de procesos constituyentes en los que están representados todos los sectores sociales, que acuerdan un marco de convivencia común y lo actualizan igualmente por consenso mediante reformas constitucionales. Estos consensos son cada vez más difíciles de conseguir debido a la polarización y radicalización creciente del espacio público, potenciada en gran medida por las redes sociales y las aplicaciones de Internet.

2. Las constituciones normativas tienen una vocación de *ordenación global de la sociedad*, regulando la totalidad de la acción del Estado y controlando el poder público para

170 Cfr. Balaguer Callejón, F.: "Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI", citado.

garantizar los derechos. Esa pretensión se sigue manteniendo, aunque, en el caso de la Unión Europea, el poder constituyente de los Estados miembros no tenga ya esa vocación de totalidad porque lo comparten con las instancias europeas[171]. Sin embargo, los nuevos ecosistemas digitales están generando una fragmentación añadida del espacio público, con diversidad de intereses sectoriales, que dificultan una ordenación comprensiva del conjunto de la sociedad mediante instrumentos constitucionales.

3. Las constituciones normativas definen un marco de convivencia estable, una *programación en el tiempo* para las generaciones sucesivas. El factor tiempo es de gran importancia en el Derecho constitucional, como también lo es en las redes sociales y en las aplicaciones de Internet, pero de manera contradictoria. En las redes sociales, la inmediatez en la respuesta, propia del proceso comunicativo que se configura a través de ellas, está generando procesos políticos en los que la planificación a medio o largo plazo no parece tener ninguna utilidad. Se requieren cada vez más respuestas directas e inmediatas que sirvan para resolver problemas que son complejos, están llenos de matices y exigirían una ordenación temporal distinta.

4. En el marco de una sociedad democrática deben potenciarse y estimularse los debates sobre la constitución (en

171 Cfr. F. Balaguer Callejón: "European Integration and Limitation of the Power of Constitutional Reform", en R. Arnold (Editor) *Limitations of National Sovereignty through European Integration*, Springer, 2016.

congruencia con la teoría de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales de Peter Häberle[172]). Pero el debate en los nuevos entornos comunicativos digitales se ordena por los algoritmos de las compañías tecnológicas en un *sentido contradictorio con los propios valores constitucionales* de respeto a la dignidad y a los derechos (potenciando el racismo, la xenofobia y la misoginia, por ejemplo). Se debate sobre la constitución, pero vulnerando la propia constitución.

5. El radicalismo y la intolerancia que se generan en las redes sociales, debido en gran medida al "efecto burbuja"[173] se están trasladando al debate público fuera de las redes, lo que resulta todavía más problemático desde el punto de vista constitucional. Las redes parecen estar desarrollando *una función de reproducción cultural negativa* en la medida en que "educan" a amplios sectores de población en el enfrentamiento y en la crispación dentro y fuera de las redes. En el plano político, esas actitudes sociales negativas incrementan la agresividad en el espacio público, potenciando la dificultad para llegar a acuerdos entre los agentes políticos.

6. La creciente dependencia de los medios de comunicación tradicionales de las redes sociales es también un

172 Cfr. Peter Häberle, "Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten: Ein Beitrag zur pluralistischen und prozessualen Verfassungsinterpretation", *JuristenZeitung*, 1975, pp. 297-305.

173 Cfr. E. Pariser, *The Filter Bubble. What the Internet Is Hiding from You*, Penguin Books, 2011, citado.

factor que debemos considerar[174]. Para poder competir en el mercado publicitario, los medios de comunicación parecen estar *adaptándose progresivamente al discurso de las redes* tanto en lo que se refiere a los contenidos (muchos de ellos superficiales, que banalizan los debates públicos) como a la forma de presentarlos y manejarlos, en muchas ocasiones conectados no solo con las temáticas sino también con la forma en que se están abordando en las redes sociales.

7. Los partidos políticos parecen manifestar igualmente una dependencia creciente de las redes sociales y de las aplicaciones de Internet en su actividad. Sus agendas están condicionadas por los debates que se generan en ellas y sus orientaciones dependen en gran medida de las polémicas que se plantean en las redes. Esto no sería en sí mismo disfuncional, porque expresaría un incremento de la participación política, si no fuera porque hay indicios para pensar que esos debates se introducen en las redes en muchas ocasiones por medio de estructuras organizadas y de agentes (algunos de ellos externos) que quieren *orientarlos y priorizarlos* en función de intereses ocultos. Además, en este punto se está produciendo un riesgo de involución democrática con la intervención de esos agentes en los procesos electorales a favor de determinados partidos y opciones políticas.

8. Por último, aunque hay más cambios culturales que podrían mencionarse, hay que tener en cuenta también *la*

174 G. Pitruzzella, "La libertà di informazione nell'era di Internet", anteriormente citado.

configuración de la verdad en el espacio público, una cuestión de esencial importancia y que actualmente se ve condicionada por fenómenos tales como las *fake news* y la posverdad, que encuentran en las redes sociales un ámbito especialmente favorable para su propagación. Como hemos indicado anteriormente, la percepción social compartida de la realidad se está debilitando como consecuencia de la tendencia de los nuevos entornos comunicativos a favorecer las noticias falseadas.

7. CONSTITUCIONALIZAR EL ALGORITMO Y DIGITALIZAR LA CONSTITUCIÓN

7.1. Constitucionalizar el algoritmo

7.1.1. Causas y efectos

Las grandes crisis del constitucionalismo en el siglo XXI se reflejan en la dificultad del derecho constitucional para cumplir las funciones que le corresponden y, en particular, la canalización de los conflictos sociales mediante la articulación del pluralismo y la generación de acuerdos políticos y consensos constitucionales. Las dificultades son objetivas y se manifiestan en la incapacidad del Estado para desarrollar políticas propias que permitan garantizar los derechos de la ciudadanía en un mundo globalizado y, por otro lado, en la configuración progresivamente disgregadora del espacio público. Un espacio público en el que las redes sociales y las aplicaciones de Internet, diseñadas por las compañías tecnológicas, tienen un especial protagonismo en la conformación de la opinión pública, desplazando a los medios de comunicación tradicionales.

Ambos factores confluyen, interaccionan y se alimentan recíprocamente, de manera que la democracia pluralista se ve

amenazada por las condiciones externas de la globalización, que reducen el círculo de las decisiones políticas posibles en el espacio público nacional y por las condiciones estructurales de la comunicación a través de las redes sociales y las aplicaciones de Internet, que dificultan un debate racional que facilite la adopción de acuerdos políticos y de consensos constitucionales. No es, desde luego, el final de la constitución, pero el siglo XXI está resultando ser un siglo progresivamente "aconstitucional" por definirlo de alguna manera, y la constitución normativa que hemos conocido durante la segunda mitad del siglo XX, está siendo cada vez más ineficaz e inoperante debido a estos factores.

Para afrontar esta situación tenemos que diferenciar necesariamente entre las causas y los efectos o las consecuencias de los problemas que aquejan a la constitución nacional, a la democracia pluralista y a los derechos fundamentales. Las causas se sitúan fuera del Estado y, por tanto, son tendencialmente imposibles o muy difíciles de resolver desde la organización estatal y aplicando la constitución nacional. Al tratarse de agentes globales, sería necesaria una regulación internacional que, de momento, no está en el horizonte. De hecho, estando situadas una parte de las grandes compañías tecnológicas en China, la dificultad de interactuar con un régimen no democrático pone en cuestión incluso la mera posibilidad de una respuesta internacional fiable.

Los efectos de los problemas sí se sitúan dentro de la esfera pública interna y sobre ellos puede actuar de algún modo el Estado en aplicación de los principios constitucionales. Actuar de esa manera ciertamente periférica sobre los problemas no garantiza su solución, pero sí hace posible reducir los efectos

más dañinos que se están produciendo. En definitiva, diferenciar entre *las causas y los efectos* de los problemas que plantea la sociedad digital resulta necesario para poder evaluar la capacidad de intervención del Estado sobre los efectos y las limitaciones que se derivan de la naturaleza global de las causas.

7.1.2. El papel de la Unión Europea

Podríamos decir que, en esta diferenciación entre causas globales y efectos estatales, la Unión Europea representa un *tertium genus* que permite abordar la acción sobre las causas de una manera diferente. La constitucionalización del algoritmo debe verse también, desde esta perspectiva, en sentido europeo, abriendo la posibilidad de una aplicación efectiva por parte de la Unión Europea de los principios y valores que se derivan del patrimonio constitucional europeo.

En realidad, la solución para relegitimar el constitucionalismo ya no está totalmente en manos del Estado y de la constitución nacional, sino que depende también del contexto supranacional, esto es, de la capacidad que tenga la ciudadanía para constitucionalizar la Unión Europea y definir un ámbito de decisión europeo que pueda recuperar a nivel supranacional las funciones de la constitución que ya no se pueden realizar eficazmente por medio del Estado. Solamente la Unión Europea tiene la magnitud necesaria para hacer frente a la globalización y a los efectos negativos del desarrollo tecnológico, ampliando el círculo de las decisiones políticas (incluido el de los Estados miembros y de sus constituciones internas).

Es también la Unión Europea la que puede adoptar medidas en el ámbito de las redes sociales y de los nuevos procesos co-

municativos que mitiguen los efectos de los discursos disgregadores y que controlen el extraordinario poder que tienen ahora las grandes compañías tecnológicas. La integración supranacional europea, una vez que se configure de manera plenamente constitucional y democrática a través de un Estado federal europeo, será también el instrumento de recuperación de las funciones de la constitución y de plena activación de la democracia pluralista, no sólo a nivel europeo sino también en el nivel interno de los Estados miembros.

Cuestiones esenciales para la construcción europea se irán definiendo en los próximos años si tenemos en cuenta que las redes están potenciando el discurso nacionalista y xenófobo y orientando el debate en el espacio público europeo hacia los intereses nacionales, lo que obstaculiza un entendimiento abierto de la identidad nacional[175] y dificulta la construcción de una identidad europea.

La integración europea es absolutamente necesaria para hacer frente al desarrollo de la globalización y de la sociedad digital y para controlar el poder de agentes globales que no encuentran ya en el Estado nacional un límite. El hecho de que las grandes crisis del constitucionalismo del siglo XXI hayan sido también grandes crisis europeas[176] evidencia que

175 Cfr. Francisco Balaguer Callejón, "The dialectic relation between the national and the European constitutional identity in the framework of European Constitutional Law", *UNIO - EU Law Journal*. Vol. 3, No. 3, May 2017, pp 10-24.

176 Cfr. sobre las diferentes dimensiones de las crisis en Europa, Miguel Azpitarte Sánchez, "Tres crisis europeas", en F. Balaguer Callejón, E. Guillén López, M. Azpitarte Sánchez y J.F. Sánchez Barrilao (dirs.), *Los derechos*

estamos en un momento crucial de la vida del proceso de integración europea y de la evolución del constitucionalismo, en el que ambos proyectos civilizatorios deben converger para sobrevivir en el contexto global.

7.1.3. Una nueva narrativa para el constitucionalismo digital

Algunas de las tendencias que el desarrollo tecnológico ha traído, no van a cambiar previsiblemente en un sentido que resulte más acorde con los requerimientos del constitucionalismo, porque expresan una transformación de pautas culturales que actualmente parece imparable. En ellas la tensión entre constitucionalismo y desarrollo tecnológico es estructural y tiene difícil solución.

En otras tendencias sí es posible y deseable una regulación que, partiendo de los principios y valores constitucionales, garantice los derechos fundamentales y la limpieza de los procesos electorales, amenazados ambos actualmente por las grandes compañías tecnológicas[177]. Sin embargo, es aquí donde la nueva legitimación tecnológica se enfrenta de manera radical con el constitucionalismo, por cuanto apela de manera permanente a razones técnicas para impedir cualquier regulación de las actividades de esas compañías En la narrativa que las compañías tecnológicas están consiguiendo imponer, la constitución y los derechos son un obstáculo para el progreso que ellas ofrecen.

---

fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado, Madrid, 2020.

177 Cfr. sobre el caso de España, Óscar Sánchez Muñoz, *La regulación de las campañas electorales en la era digital*, CEPC, Madrid, 2020.

En realidad, esta narrativa no es novedosa, porque ya la hemos visto en los años de la crisis económica con las políticas económicas que podían resultar contrarias a los principios o a los derechos constitucionales. Igualmente, en ese caso una nueva legitimidad se alzó frente a una constitución cada vez más marginada en el espacio público, porque no servía como instrumento de control del poder ni permitía garantizar los derechos incorporados al documento constitucional.

También en el plano económico hay elementos estructurales derivados del proceso de globalización que generan una tensión constante con el orden constitucional cuya solución no es fácil. Sin embargo, también aquí había posibilidades de plantear políticas económicas igualmente eficaces y más coherentes con el marco constitucional (que no se basaran casi exclusivamente en la reducción progresiva de los gastos sociales, como las que se impusieron durante la crisis en algunos países europeos) que no fueron posibles por la imposición de una narrativa basada en la legitimidad económica, que terminó desplazando a la constitución fuera del espacio público de debate y decisión.

Del mismo modo que es posible oponer una narrativa a la "interpretación económica de la constitución" basada en "una interpretación constitucional de la crisis" también es posible proponer una narrativa específica para el constitucionalismo digital que permita reafirmar los valores y principios constitucionales frente a los efectos perjudiciales del desarrollo tecnológico que están vinculados al modelo de negocio y a los intereses económicos de las grandes compañías tecnológicas.

7.1.4. Un siglo de crisis constitucionales

Cuando la crisis financiera de 2008 comenzó a superarse, pudimos ver, a partir del referéndum sobre el *Brexit* y de las elecciones presidenciales norteamericanas de 2016, una internalización del poder político de las grandes compañías tecnológicas que han intervenido y siguen interviniendo en los procesos electorales con técnicas absolutamente incompatibles con las reglas democráticas. A estas compañías se unen agentes muy poderosos, internos y externos, que intervienen en las redes sociales fomentando la radicalización y la fragmentación progresiva del espacio público y la orientación de las tendencias políticas y del voto hacia los extremos del espectro político.

En realidad, ambos fenómenos, la externalización del poder estatal y la internalización del poder de los grandes agentes globales se retroalimentan. Por un lado, la crisis económica ha favorecido la generación de un sustrato social cada vez más radicalizado frente a la globalización y más frustrado ante la incapacidad del Estado y, por tanto, del sistema representativo y democrático interno, para resolver los problemas sociales. Por otro lado, las grandes compañías tecnológicas han promovido esa radicalización[178] utilizando todos los medios a su alcance, no por una orientación ideológica propia de esas compañías, sino para incrementar sus ganancias con el actual modelo de negocio en el que desenvuelven su acti-

178 Como dice Idris Fassassi "Les réseaux ne font qu'accentuer les tendances lourdes de l'environnement dans lequel ils opèrent", I. Fassassi, "Les effets des réseaux sociaux dans les campagnes électorales américaines", *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017/4 N° 57, p. 86.

vidad. Para ese modelo de negocio es vital llamar la atención del público y fomentar la polémica y la inestabilidad, lo que genera un aumento de sus ingresos publicitarios[179].

La tercera gran crisis del constitucionalismo de este siglo XXI (precedidas las tres por la crisis terrorista del 2001 con el atentado a las Torres Gemelas de Nueva York) ha sido la crisis sanitaria, que ha fortalecido y consolidado el poder de las grandes compañías tecnológicas y ha generado también una nueva crisis económica en la que los especuladores financieros tienen un nuevo campo de juego. En esta nueva crisis, el Estado se ha visto de nuevo debilitado, a pesar de que su intervención para superar la crisis ha sido necesaria y los debates constitucionales han vuelto al ámbito nacional como consecuencia de las restricciones de derechos que se produjeron durante la crisis para preservar la vida y la salud de las personas.

La crisis sanitaria ha sido la de la digitalización acelerada de la sociedad y el aumento extraordinario de la realidad virtual sobre la realidad física. Por tanto, la crisis sanitaria ha supuesto una profundización en las tendencias previas: el poder se ha desplazado todavía más hacia los agentes globales, en particular hacia las compañías tecnológicas que regulan la realidad virtual a través del derecho privado. El Estado, la constitución y el derecho público han visto reducido su campo de acción, más allá de la puesta en marcha del de-

179 Cfr. Deb, Anamitra/Donohue, Stacy/Glaisyer, Tom "Is Social Media a Threat to Democracy?", 1 de Octubre de 2017, https://www.omidyargroup.com/wp-content/uploads/2017/10/Social-Media-and-Democracy-October-5-2017.pdf

recho de emergencia que, como sabemos, tiene un carácter provisional.

7.1.5. Constitucionalizar el mundo híbrido

El mundo híbrido se ha escorado cada vez hacia su vertiente virtual, mientras que la física se ha reducido progresivamente como consecuencia de la crisis sanitaria y de las medidas de aislamiento y de distancia social que hubo que poner en práctica. Constitucionalizar el algoritmo es ahora una tarea más compleja y difícil porque el algoritmo está invadiendo todas las facetas de nuestra realidad, la virtual especialmente, pero también la física en la medida en que se proyecta sobre el mundo físico, ordenándolo y determinándolo. Por otro lado, la constitucionalización del algoritmo no implica solamente a las grandes compañías tecnológicas ya que estos procesos matemáticos son también diseñados en muchos ámbitos en los que el Estado sí puede intervenir porque se mueven dentro de la realidad estatal.

Constitucionalizar el algoritmo significa, ante todo, defender la contribución del constitucionalismo a los avances civilizatorios, tanto a nivel estatal como supranacional y global, mediante el recurso a fuentes de legitimación que están en el núcleo de sus aportaciones históricas: los derechos fundamentales, el control del poder y la canalización de los conflictos a través del Derecho. Para ello será fundamental la construcción de una narrativa alternativa a la economicista y a la tecnológica, que se presentan como formulaciones científicas ineludibles, defendiendo el pluralismo y los valores que han hecho del constitucionalismo un factor esencial del progreso civilizatorio de la humanidad.

Ahora bien, constitucionalizar el algoritmo no significa simplemente regular la realidad digital añadiendo a la constitución "analógica" las cláusulas correspondientes para incorporar esa faceta específica. Por el contrario, hay que partir de la base de que la constitución tiene que reordenar sus contenidos para incorporar en toda su dimensión el mundo híbrido, lo que significa una nueva mentalidad a la hora de abordar las reformas constitucionales.

La constitución del algoritmo debe ser consciente de las necesidades que se derivan de esta nueva realidad dividida y bifronte que integra, en el mundo híbrido, la vertiente digital y la física. La finalidad de toda constitución es ordenar con un sentido unitario, en la medida de lo posible, la realidad social. Pero la constitución del algoritmo debe tener en cuenta los límites que se derivan de la configuración específica de la nueva realidad digital, particularmente del carácter global de los factores reales de poder que están contribuyendo decisivamente a configurarla. La distinción entre las causas y los efectos de los problemas es también aquí oportuna.

Constitucionalizar el mundo híbrido supone también asumir la naturaleza dialéctica de la relación entre la vertiente física y la digital. Tener en cuenta, por tanto, que cada una de esas dos facetas influirá en la otra y la condicionará y que la propia constitución debe intentar definir las reglas jurídicas del juego para proteger los derechos fundamentales y la democracia. La constitución del algoritmo tiene que partir de una perspectiva abierta frente a la nueva realidad digital, que tenga en cuenta su impacto sobre la realidad física y que intente

armonizarlas a ambas superando en lo posible las rupturas que la realidad digital ha generado.

7.2. Controlar a las compañías tecnológicas

7.2.1. Competencia y pluralismo

Para hacer frente a los problemas que las compañías tecnológicas están generando en los procesos democráticos no son suficientes medidas que afecten únicamente a los procesos electorales, por ejemplo. Es necesario partir de una visión de conjunto de todos estos problemas, lo que implica plantearse también la cuestión del modelo de negocio que tienen estas compañías. Ese modelo de negocio es actualmente incompatible con lo que prometían ser las redes sociales y las aplicaciones de Internet: un espacio de participación ciudadana, de promoción de causas justas y de profundización democrática.

Unas compañías que se han construido sobre un modelo de negocio basado en atraer la atención del público para generar más ingresos publicitarios y que tienen tendencia al monopolio o al oligopolio[180], difícilmente podrán aportar instrumentos de participación democrática. Quien no tiene una estructura democrática no puede contribuir al desarrollo democrático y lo mismo se puede decir del pluralismo: las condiciones de monopolio no pueden contribuir al desarrollo del pluralismo.

180 Cfr. Tommaso Edoardo Frosini, "Internet e democrazia", *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, Anno XXXII, 2017, Fasc. 4-5, pp. 657-671.

La *libre competencia* es para la economía el equivalente a la *biodiversidad* para la naturaleza y al *pluralismo* para la política. No podemos tener democracia sin pluralismo ni pluralismo sin competencia. Los nuevos mediadores están afectando a dos pilares esenciales del sistema democrático como son el pluralismo en el plano político y la competencia en el plano económico.

No cabe duda de que también están afectado a la capacidad de innovación tecnológica, dificultando el desarrollo de nuevos entornos que puedan competir con los actuales. Para resolver estos problemas se pueden adoptar medidas institucionales a través de los reguladores que dificulten una concentración aún mayor. Sin embargo, lo deseable sería más que la limitación, la apertura. Como ya hemos indicado, *una tecnología abierta* que termine con el carácter cerrado y jerarquizado de las aplicaciones sería lo ideal. La comunicación telefónica es abierta y permite actuar a todos los operadores de telefonía móvil, haciendo posible la comunicación global, y lo mismo ocurre con los servidores de correo electrónico. Las aplicaciones de comunicación que ahora mismo son cerradas (WhatsApp o Telegram, por ejemplo) deberían ser también abiertas y gestionadas por una *pluralidad de operadores*[181].

Por otra parte, no podemos desconocer el fracaso que han tenido hasta ahora los reguladores en la limitación de la concentración monopolística de estas compañías. En efecto, la

181 Cfr. Francisco Balaguer Callejón, "El impacto de los nuevos mediadores de la era digital en la libertad de expresión", *lceonline* (www.lceonline.eu), 0/2021, citado, p. 37.

posición de monopolio se ha alcanzado sin que haya habido ninguna reacción significativa de los organismos reguladores[182]. El ejemplo de Facebook es revelador. De acuerdo con lo que se indica en el Informe *Disinformation and 'fake news': final report*, esta compañía concentró de manera ilícita una gran cantidad de datos personales que después vendió o cedió a otras aplicaciones (a cambio de los datos que le aportaban otras compañías). Todos los datos, los recopilados por esa compañía y los de las otras, se centralizaron por Facebook.

Una vez centralizados, Facebook, a través de una aplicación diseñada inicialmente para proteger los datos de usuarios en Internet que había comprado previamente, realizó un seguimiento de la evolución de esas aplicaciones. Aquellas que tenían un potencial de crecimiento importante y le podían hacer competencia en el futuro tuvieron ofertas de compra de Facebook. Las compañías que no aceptaron las ofertas de compra o aquellas a las que Facebook les atribuía una posibilidad de concurrencia futura, pero no tenía interés en comprarlas, fueron desactivadas por Facebook retirándole el acceso a los datos personales que constituía la base de su negocio y provocando su ruina[183].

182 Como se indica en el informe *Unlocking digital competition*: "Over the last 10 years the 5 largest firms have made over 400 acquisitions globally. None has been blocked and very few have had conditions attached to approval, in the UK or elsewhere, or even been scrutinised by competition authorities" *Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel*, March 2019, Jason Furman and others, p. 12.

183 House of Commons, Digital, Culture, Media and Sport Committee, DCMS. *Disinformation and 'fake news': Final Report*, cit., pp. 26 y ss.

7.2.2. Medidas de control

Las medidas que podrían adoptarse para controlar a las compañías tecnológicas son básicamente externas, pero también es posible pensar en una autoregulación que promueva el cambio de algunas de las pautas de sus aplicaciones, que están resultando perjudiciales para la configuración del espacio público y de los procesos comunicativos. Sería el caso, por ejemplo, de la implantación de procedimientos que retarden las respuestas ahora inmediatas que, por su propia naturaleza, tienden a tensionar y radicalizar los procesos comunicativos.

En materia de derechos fundamentales, las medidas que deberían adoptarse son de amplio espectro: desde la educación de la ciudadanía en el ámbito digital para que puedan controlar las lesiones a sus derechos, hasta sanciones de todo tipo contra las vulneraciones más graves que puedan producirse. En particular, la educación digital debe contemplar desde los procesos técnicos que favorezcan la comprensión de cómo funcionan las redes y las aplicaciones de Internet hasta los mecanismos jurídicos de regulación y, en particular, los derechos que le corresponden a los usuarios, así como el conjunto de derechos susceptible de ser vulnerado y las medidas que el ordenamiento jurídico ofrece para garantizarlos.

La protección de los datos personales debe extenderse a los modelos que se utilizan para su tratamiento. La elaboración de perfiles debe someterse a las limitaciones establecidas en la normativa europea. La elaboración de perfiles psicológicos debe ser objeto de atención especial para evitar que sea un

instrumento de manipulación de las conciencias que incida negativamente en los procesos democráticos.

El control de la competencia para evitar que las compañías de Internet consoliden posiciones de monopolio es fundamental (aunque la solución óptima para romper los monopolios sería la apertura de las aplicaciones, como hemos indicado antes). Las malas prácticas seguidas hasta ahora no deben permitirse en el futuro. Por el contrario, sería conveniente seguir las propuestas que ya se han hecho por algunos responsables políticos en el sentido de romper los actuales monopolios, como ya se hizo previamente en Estados Unidos con otras compañías en épocas anteriores, para preservar la libre competencia.

Por otro lado, de acuerdo con las recomendaciones del informe *Unlocking digital competition*, los organismos reguladores deberían cambiar sus métodos de trabajo para afrontar adecuadamente las condiciones del mercado digital, de manera que no se limiten a controlar los efectos a corto plazo de las posibles fusiones y compras de compañías, sino que analicen también su previsible evolución posterior para evitar que se consoliden monopolios.[184]

184 "Decisions on whether to approve mergers, by the CMA and other authorities, have often focused on short-term impacts. In dynamic digital markets, long-run effects are key to whether a merger will harm competition and consumers. Could the company that is being bought grow into a competitor to the platform? Is the source of its value an innovation that, under alternative ownership, could make the market less concentrated? Is it being bought for access to consumer data that will make the platform harder to challenge? In principle, all of these questions can inform merger

Especialmente importante es la ordenación de los procesos electorales. Es necesaria una nueva normativa electoral que tenga en cuenta el contexto tecnológico, tanto por lo que se refiere a la propaganda electoral cuanto a los demás aspectos que pueden provocar una alteración del normal desarrollo de estos procesos. En particular, la propaganda subliminal debe ser prohibida y penalizada con todos los medios al alcance del Estado de Derecho.

Por su parte, las medidas fiscales son una vertiente fundamental de la actuación frente a las compañías que gestionan redes sociales. Al estar orientadas estas compañías a la rentabilidad económica, las medidas fiscales pueden ser un elemento compensatorio que haga posible la utilización de los fondos obtenidos para establecer instituciones y mecanismos de control, así como de educación digital de la ciudadanía.

Esas medidas fiscales también pueden ser el mecanismo que permita controlar los efectos disfuncionales de la actividad de estas compañías sobre los medios de comunicación tradicionales, si van acompañadas de beneficios fiscales que hagan posible la permanencia y estabilidad de estos medios. A este respecto, la regulación del mercado publicitario sería también necesaria para evitar que las compañías tecnológicas sigan aumentando su cuota de participación, debilitando cada vez más a los medios de comunicación tradicionales.

También tienen una gran importancia las sanciones económicas. Las sanciones permiten luchar contra las malas prác-

---

decisions within the current, mainstream framework for competition, centered on consumer welfare", *Unlocking digital competition cit.*, p. 12.

ticas de las compañías tecnológicas, precisamente porque afectan a su rentabilidad, que es la base de su actual modelo de negocio. Es recomendable que estas sanciones se correspondan con la entidad de los daños provocados, pudiendo alcanzar porcentajes de su volumen de negocio total anual global (como se ha previsto ya por legislaciones sectoriales como la europea relativa a la protección de datos).

Las sanciones penales son siempre el último recurso, pero serían necesarias para malas prácticas que se produzcan en relación con los procesos electorales, como es el caso de la propaganda subliminal particularizada en función de perfiles psicológicos previamente elaborados a través de algoritmos. Este tipo de intervenciones en los procesos electorales no son una cuestión menor y requieren de una respuesta muy firme del ordenamiento jurídico para evitar una desnaturalización completa de los procesos democráticos.

7.3. Digitalizar la constitución

La cultura constitucional está sufriendo una profunda involución generada por las transformaciones culturales que se están produciendo a impulsos de la economía y de la tecnología en el contexto de la tercera globalización. Frente a los nuevos valores que representan el progreso económico y tecnológico, la constitución no parece tener ya nada que ofrecer. En el ámbito digital, mientras los avances continuos ofrecen satisfacción y generan dependencia, la cultura jurídica y constitucional aparece como un límite, una exigencia de regulación que puede poner en peligro los servicios ofrecidos por las grandes compañías tecnológicas.

La configuración híbrida del mundo actual se basa en la fragmentación y en la confrontación entre una realidad digital que está regulada por el derecho privado y tiene alcance global y una realidad física que está ordenada por el derecho público y tiene un alcance estatal. A esa división hay que unir la que se produce entre la constitución analógica que regula el mundo físico y la constitución digital cuya ordenación de la realidad virtual y de la inteligencia artificial es todavía muy reducida y encuentra límites en la condición global de las compañías tecnológicas.

La cultura constitucional debe ofrecer narrativas y construcciones doctrinales, en el plano académico, que contribuyan a revalorizar la posición de la constitución en el ordenamiento jurídico y en el espacio público. En un contexto de avances tecnológicos y de transformaciones culturales que suponen un cambio de época, la constitución también debe actualizarse. En la tensión entre el mundo digital y el físico, la cultura constitucional debe ofrecer su capacidad de ordenación, basada en los derechos fundamentales, para convertir esa dialéctica en un factor productivo que permita promover nuevos desarrollos civilizatorios.

Digitalizar la constitución supone adaptarla a los nuevos procesos y actualizarla a las condiciones de la sociedad digital de nuestro tiempo. Es algo que se debe hacer desde la conciencia de las propias limitaciones de una constitución estatal que no puede pretender abordar los problemas en el ámbito en el que pueden resolverse de una manera más efectiva, que es necesariamente global por las dimensiones de las compañías tecnológicas. De nuevo hay que diferenciar entre las causas

globales de los problemas y sus efectos internos para determinar los ámbitos de intervención posible del Derecho público.

Pero la constitución no puede renunciar al legado civilizatorio que ha recibido y que debe transmitir a las generaciones futuras. El esfuerzo para diferenciar entre las características estructurales del desarrollo tecnológico y la configuración derivada de los diseños que realizan las compañías tecnológicas en función de su modelo de negocio, forma parte de la reflexión que debe inspirar el proceso constituyente digital. Aportar soluciones que hagan posible resolver la tensión entre el mundo digital y la democracia, los derechos fundamentales y la propia constitución, es una de las tareas urgentes que tiene actualmente la ciencia jurídica.

Digitalizar la constitución es un proceso que debe ir unido al de constitucionalizar los algoritmos y la realidad virtual. Como hemos indicado antes, estamos frente a un mundo híbrido, una realidad dividida en la que sus dos vertientes interaccionan entre sí. La constitución no puede ser ajena a ninguna de ellas y debe experimentar una profunda transformación que haga posible su incorporación al mundo digital. No se trata simplemente de añadir nuevos preceptos a la "constitución analógica" para regular los algoritmos y la realidad virtual, sino de asumir los profundos cambios que la realidad digital supone para la propia constitución.

CONCLUSIONES

Nada de lo que en este libro se trata existía hace muy pocos años. Esto da una muestra de la aceleración del tiempo histórico, pero también plantea algunas cuestiones adicionales sobre el futuro. Por ejemplo, sobre la pérdida de la Memoria "analógica", cuyos depositarios, las personas de mi generación y anteriores, desaparecerán en algunos años, al tiempo que van creciendo las generaciones de nativos digitales. Con ella desaparecerá también la última línea de defensa de la constitución "analógica" porque los nativos digitales no tienen modo de contrastar, por su propia experiencia vital, el mundo analógico con el digital.

Seguirá existiendo la protección constitucional de derechos tales como el secreto de las comunicaciones, por ejemplo, pero no habrá modo de entender su significado cuando ya nadie escriba cartas y las envíe por correo. La idea de una prensa libre que contribuye a la construcción social de la realidad y a los procesos de reflexión y debate de una sociedad democrática decaerá también si finalmente la información y la expresión de las ideas se desarrolla solamente en los entornos digitales diseñados por los nuevos mediadores de los procesos comunicativos.

Para los nativos digitales, el mundo que conocen es algo natural, no puede ser contrastado con el de otras épocas más que a través de los productos culturales que proceden de ellas. El uso masivo del teléfono móvil, las aplicaciones de Internet y las redes sociales, no se percibe como el resultado de un modelo de negocio de las grandes compañías tecnológicas, que está produciendo transformaciones culturales en gran medida negativas para sus derechos, para la democracia y para la convivencia pacífica dentro de la constitución.

Ciertamente ha habido otras épocas históricas marcadas también por otros adelantos tecnológicos que han incidido en los procesos comunicativos. Por ejemplo, el cine, la radio o la televisión también provocaron el desarrollo de nuevas pautas culturales[185]. Sin embargo, la diferencia entre esos medios y las actuales aplicaciones de Internet es esencial. A través de ellos se podía adoctrinar a la gente de manera abierta o incluso subliminal. Pero se hacía con carácter general, con una eficacia relativa, no sobre la base de perfiles psicológicos individualizados que permitieran llegar a cada ciudadano en función de sus características específicas.

A través de la extracción masiva de los datos de sus usuarios, las aplicaciones de Internet permiten realizar un control exhaustivo para saber dónde están en cada momento, cuáles son sus planteamientos ideológicos, qué tipo de fobias o filias tienen, quiénes son sus amigos, etc. Esos datos son después procesados por los algoritmos y permiten un conocimiento

185 Cfr. Antonio D'Atena, "La conflictividad axiológica de la democracia liberal y el desafío de Internet" *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 30, Julio-Diciembre de 2018.

de los usuarios mayor que el que ellos tienen de sí mismos. De esa manera pueden manipular sus conciencias (como han hecho ya en procesos electorales) y modificar sus opciones de voto sin que los usuarios se den cuenta de que han sido manipulados.

En este libro hemos analizado el mundo híbrido, en el que ya estamos instalados, a través de una serie de rupturas que la nueva realidad digital y la globalización están generando en muchos ámbitos. La ruptura del contexto cultural de la constitución, la ruptura de la propia constitución como referente cultural unitario, la ruptura de la constitución económica nacional, la ruptura entre la realidad física y la realidad virtual (que no se limita a reflejar la física, sino que la distorsiona) y la ruptura en la propia configuración de la realidad, con la destrucción de una percepción social compartida de la realidad.

Todas estas rupturas tienen su origen último en el desarrollo tecnológico acelerado de nuestro tiempo. Pero la orientación de ese desarrollo tecnológico está condicionada por los intereses económicos de las grandes compañías que lo impulsan. Esos intereses económicos son legítimos siempre que no conduzcan a un modelo de negocio que ponga en peligro los avances civilizatorios que han supuesto la democracia pluralista y la protección de los derechos fundamentales.

Sin embargo, algunas de estas compañías como es el caso de Facebook (cuya dependencia de los ingresos publicitarios es absoluta, pues representan el 98% de sus ingresos) han traspasado en muchas ocasiones y lo siguen haciendo, la línea de lo que resulta constitucionalmente aceptable para cualquier

sistema democrático. No sólo lesionan masivamente los derechos fundamentales en el proceso de extracción de datos sino que contribuyen a promover la fragmentación y la radicalización del espacio público, además de intervenir en procesos electorales con propaganda subliminal individualizada que desvirtúa el carácter democrático de esos procesos.

Todo esto se hace a través del diseño de los algoritmos, que ocupan una posición clave en la realidad digital. Tan importante que bien podemos centrar los problemas en ellos y hablar de la constitución del algoritmo, entendida tanto en el sentido de constitucionalizar a los algoritmos (controlando la actividad de las compañías tecnológicas) como en el sentido de digitalizar la constitución (adaptándola a las condiciones de la nueva sociedad digital). No es una tarea fácil en ninguna de las dos direcciones. En las soluciones que se den a la tensión existente entre ambas vertientes se definirá el futuro de nuestros derechos, de nuestra democracia y de la propia constitución.

Lo primero que hay que hacer para emprender una tarea de estas dimensiones es intentar comprender la naturaleza de los problemas a los que nos enfrentamos. De otro modo, si desconocemos los factores de poder que intervienen en estos procesos, la realidad digital seguirá su curso, ajena al mundo jurídico (y, por tanto, como una esfera libre de derecho) y la constitución no pasará de ser un archivo informático (el equivalente actual a la famosa "hoja de papel") sin valor real.

El mero voluntarismo no es suficiente para resolver los problemas, es necesario diferenciar entre sus causas globales y sus efectos internos. En este libro se han intentado explicar

algunas de las claves de esos problemas. Comprender la distinta naturaleza de la realidad física (sometida al Estado y al Derecho público) y la virtual (diseñada y gestionada por agentes globales a través del Derecho privado) es un punto de partida. Entender también que la realidad virtual no refleja la realidad física, sino que la distorsiona en función de los intereses económicos y del modelo de negocio de las grandes compañías tecnológicas, por medio de sus algoritmos, es otro aspecto importante.

El Estado puede hacer cosas, sin duda, comenzando por la educación digital de su ciudadanía. Pero lo más importante es controlar a las compañías tecnológicas, a través de mecanismos tales como la ruptura de los monopolios, la regulación de sus actividades o la imposición de sanciones cuando se lesionen el derecho de la competencia o los derechos de los usuarios. Lo ideal sería abrir las aplicaciones, de manera que pudieran ser gestionadas por diversos operadores y que hubiera plena comunicabilidad entre ellas, como ocurre con los servicios de email. Pero esto es algo que no está entre las facultades de cualquier Estado, salvo quizás los de origen de esas compañías.

Por otro lado, la clave para controlar a las compañías tecnológicas tiene que ver con la inteligencia artificial que se usa para extraer los datos y para procesarlos. Es fundamental que se establezcan límites a la extracción de datos, sistemas de almacenamiento que no supongan un monopolio de las compañías tecnológicas sobre las nubes de datos y sistemas de procesamiento que se puedan someter a control y a exigencia de responsabilidad. Hay que controlar a los algoritmos que

se utilizan para recoger los datos y para procesarlos, elaborar perfiles y dar un uso comercial o político a esos perfiles.

Es mucho lo que queda por hacer frente a una realidad que se mueve de manera vertiginosa y que no permite abordar los problemas jurídicos que plantea con la serenidad y la perspectiva que sería necesaria. Muchos problemas se resolverán como lo han hecho siempre: por la dinámica del propio desarrollo tecnológico ¿Quién se acuerda ahora de la inquietud que en los años 90 del pasado siglo generaba Microsoft con su posición de monopolio en los sistemas operativos de la época? Sin embargo, otros problemas van a requerir un gran esfuerzo de reflexión para que evitar que suframos una involución civilizatoria.

La constitución del algoritmo se enmarca en ese proceso de reflexión orientado a la defensa de los derechos fundamentales y la democracia. Para devolver a la democracia su integridad, sin interferencias que destrocen el espacio público y manipulen los procesos electorales. Para revertir el deterioro de los derechos fundamentales, convertidos en gran medida en meras facultades instrumentales destinadas a garantizar el tráfico económico, devolviéndoles su valor constitucional, vinculado a la dignidad de la persona. Para evitar la progresiva marginación de la constitución y devolverla al centro de la vida pública.

La constitución del algoritmo es una reflexión sobre el cambio de patrones culturales y de paradigmas que el nuevo mundo híbrido está produciendo. Es también una forma de analizar la realidad digital desde la perspectiva de las rupturas que está generando y que afectan a los derechos fundamentales y a la democracia pluralista. El algoritmo ocupa un lugar central en los procesos de digitalización. Por ese motivo, para afrontar los problemas que plantea la sociedad digital, es necesario *constitucionalizar el algoritmo*, en el sentido de promover una mayor coherencia de los algoritmos con los principios y valores constitucionales, pero también *digitalizar la constitución*, actualizándola y adaptándola a las nuevas condiciones de la era digital.

Francisco Balaguer Callejón es Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y Catedrático Jean Monnet *ad personam* de Derecho Constitucional Europeo y Globalización. Autor de más de 500 publicaciones sobre materias de su especialidad, entre ellas más de 200 libros, capítulos de libro y artículos publicados fuera de España, en inglés, alemán, italiano, portugués y francés.

fundación
Manuel Giménez Abad
de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

CORTES DE ARAGÓN
Parlamento

ISBN: 978-84-124487-5-7