

DESAFÍOS GLOBALES DE LAS GRANDES COMPAÑÍAS TECNOLÓGICAS

Francisco Balaguer Callejón
*Catedrático de Derecho Constitucional,
Universidad de Granada*

I. INTRODUCCIÓN

Aunque no todos los retos que tiene planteados actualmente el derecho constitucional proceden de la misma fuente, no cabe duda de que muchos de ellos están relacionados con la globalización y con la concentración de poder que han conseguido las grandes compañías tecnológicas en la sociedad digital. El motivo no es otro que el hecho de que el constitucionalismo se ha construido en el mundo moderno en torno al Estado. Por un lado, controlando y limitando el poder del Estado para garantizar los derechos. Por otro lado, orientando democráticamente el poder del Estado a la promoción de las condiciones materiales de ejercicio de los derechos.

La globalización afecta al núcleo mismo del derecho constitucional porque debilita el poder del Estado, haciendo surgir nuevos agentes, de alcance global, que son los que ahora tienen la capacidad de lesionar los derechos fundamentales. De tal manera que por mucho que contremos y orientemos el poder del Estado con las técnicas desarrolladas por el constitucionalismo, los derechos fundamentales ya no estarán plenamente garantizados porque esas técnicas no alcanzan a los grandes agentes globales. Un doble proceso se ha producido en materia de derechos fundamentales: la dialéctica sobre los derechos fundamentales se ha trasladado del ámbito público al privado y del ámbito estatal al global. Dos elementos que contribuyen conjuntamente a alimentar el poder de las compañías tecnológicas y a reducir la capacidad de regulación y de control por parte del Estado¹.

Este proceso no se ha detenido con la crisis sanitaria, sino que se ha visto impulsado con el auge de la economía digital y la consolidación de procesos comunicativos controlados por las grandes compañías tecnológicas. La afectación al derecho constitucional es masiva y se despliega en diversos frentes que conforman, a su vez, los grandes retos que tenemos que afrontar desde una perspectiva constitucional:

En primer lugar, la lesión de los derechos fundamentales en la nueva sociedad digital. Las compañías tecnológicas generan auténticos ecosistemas en los que la mayor parte de la población pasa una gran parte de su vida diaria. En esos ecosistemas, los algoritmos diseñados por las compañías extraen los datos (mediante la lesión masiva de derechos fundamentales) que después procesan para obtener beneficios a través de la publicidad. En la economía digital los derechos funda-

1 Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., *La constitución del algoritmo*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2022.

mentales se convierten en sí mismos en meros datos, privados de sus referentes constitucionales esenciales².

En segundo lugar, la alteración de las condiciones de desarrollo de la democracia pluralista a través de los procesos comunicativos controlados mediante las aplicaciones de internet y las redes sociales. La fragmentación, la radicalización y la dificultad para articular consensos, no son una consecuencia inevitable del proceso de digitalización, sino de los intereses económicos de estas compañías, que necesitan atraer permanentemente la atención del público para obtener mayores beneficios por medio de la publicidad³. El 98% de los ingresos de Facebook, por ejemplo, proceden de la publicidad⁴. Dice Shoshana Zuboff que 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*”⁵.

Siendo esto verdad en gran medida, lo cierto es que estas compañías prefieren, en realidad, las *fake news* y la desinformación, porque de ese modo generan más conflicto y con ello más atención por parte del público y más ingresos publicitarios⁶. Aquí se presenta otro de los grandes retos del derecho constitucional de nuestro tiempo: la colusión de intereses entre las grandes compañías tecnológicas y los movimientos populistas. No es una cuestión ideológica sino económica: estas compañías ganan más cuando generan más inestabilidad política y el populismo

2 Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., «The Impact of the New Mediators of the Digital Age on Freedom of Speech» HINDELANG, S. (ed.), MOBERG, A. (ed.), *YSEC Yearbook of Socio-Economic Constitutions*, Springer 2022.

3 Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., «La Constitución en el tiempo de las redes sociales», en: ARAGÓN REYES, M., JIMÉNEZ CAMPO, J., AGUADO RENEDO, C. y GARCÍA GUERRERO, J. L. (dirs.), *La Constitución de los españoles. Estudios en homenaje a Juan José Solozábal Echavarría*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019.

4 Cfr. GALINDO, C., «Las grandes tecnológicas consolidan su liderazgo tras dos años de pandemia», *El País*, 5 de febrero de 2022.

5 ZUBOFF, S., «The Coup We Are Not Talking About», *The New York Times*, 29/1/2021, p. 4.

6 Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., «The Impact of the New Mediators of the Digital Age on Freedom of Speech» en: HINDELANG, S. (ed.), MOBERG, A. (ed.), *YSEC Yearbook of Socio-Economic Constitutions*, *op. cit.*

les ofrece un potencial enorme desde esa perspectiva⁷. El gran riesgo que supone el populismo se deriva del hecho de que utilizan los mecanismos democráticos y constitucionales para vaciar de contenido la democracia y la constitución. Se sitúan así en una zona fronteriza: están dentro del sistema cuando les interesa y fuera cuando no les interesa, rompiendo las condiciones del juego democrático⁸.

La afectación de los derechos fundamentales y de la democracia va unida también, con el desarrollo de la economía digital, a la descomposición de la constitución económica nacional⁹. Si el control del poder del Estado ya no sirve para garantizar los derechos y la democracia pluralista, tampoco hay ahora posibilidad de orientar el poder del Estado para garantizar las condiciones materiales de los derechos y adaptar la constitución a la dinámica social.

Los factores de capital y trabajo, que antes se ordenaban por el Estado a través de la constitución económica, ahora se sitúan fuera del Estado. Las categorías tradicionales de derechos se transforman y ahora serán derechos accesorios al mercado, tales como la protección de los consumidores y la protección de los datos personales, los que ocupen el espacio público y hagan viable la garantía de otros derechos, desprovistos ya de sus referentes constitucionales.

La labor del constitucionalismo de nuestro siglo es diferente a la de otras épocas anteriores porque nos encontramos ante la paradoja de que, para recuperar parte del terreno perdido, tenemos que reforzar el poder del Estado en lugar de limitarlo. No frente a los ciudadanos, sino frente a los grandes agentes globales, para proteger a los ciudadanos. Reforzar el Estado y reforzar lo público para limitar el poder de las grandes compañías globales privadas. Allá donde no sea suficiente, potenciar la integración supranacional haciendo posible así el desarrollo de un derecho constitucional supranacional con capacidad de intervención sobre el proceso de globalización.

No va a ser un proceso fácil y no es pensable que se pueda llevar a cabo simplemente con buena voluntad o con mero impulso político. La globalización y el

7 Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., «Constitutional interpretation and populism in contemporary Spain», en: GÁRDOS-OROSZ, F. y SZENTE, Z. (edsz), *Populist Challenges to Constitutional Interpretation in Europe and Beyond*, Routledge, London and New York, 2021.

8 Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., «Interpretación constitucional y populismo», en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 33, Enero-Junio de 2020.

9 Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., «Costituzione economica e globalizzazione», en: *federalismi.it*, numero speciale. 5/2019, 25 Ottobre 2019.

desarrollo tecnológico son imparables, no se van a frenar. Lo que puede hacer el constitucionalismo de nuestra época es diseñar estrategias constitucionales para intentar controlarla. Estrategias que no se desvinculen de la realidad, sino que se basen en un análisis preciso de las condiciones históricas, de los grandes movimientos geopolíticos que se están produciendo y de las transformaciones económicas que generan un nuevo marco de actuación para el derecho constitucional.

Lo que estamos viviendo desde que comenzó el siglo XXI es un proceso de marginación progresiva de la constitución en el espacio público. El rechazo a los valores constitucionales en favor del desarrollo tecnológico y económico. La crítica al derecho, considerado como un obstáculo al bienestar social que proporcionan la tecnología y la economía. Se trata de una transformación de pautas culturales que genera nuevas narrativas en las que la constitución ya no aparece como un factor de progreso, de consenso y de pacificación social. Hay que contrarrestar esas narrativas y adaptar el derecho constitucional a un entorno que en principio le resulta hostil, como es el de la sociedad digital.

En el caso de Europa tenemos que desarrollar el potencial enorme que supone el proceso de integración europea. A través de ella es posible alcanzar unas condiciones de ejercicio del poder equiparables, en el contexto de la globalización, a las que desarrolló el Estado constitucional en el marco del Estado nacional durante la segunda mitad del siglo XX. Por sus características geopolíticas, por las condiciones económicas y sociales de la Unión Europea, por suponer actualmente el mercado más importante a nivel global, Europa es en gran medida la solución a esta paradoja histórica de un constitucionalismo que tiene que recuperar el poder del Estado para garantizar los derechos de los ciudadanos.

Avanzar hacia una Europa federal no significa renunciar al Estado, sino situar en cada nivel de poder político la capacidad de acción que le corresponde para hacer frente a los retos del derecho constitucional frente a la globalización. Especialmente si tenemos en cuenta que la capacidad de influencia a nivel mundial está básicamente repartida entre un país con una larga tradición democrática pero incapaz de controlar a sus grandes compañías tecnológicas (EEUU) y un Estado que no ha conocido nunca la democracia (China) pero que ha demostrado una extraordinaria capacidad de adaptación a la globalización. Una Europa democrática y constitucional es parte de la solución a los retos del derecho constitucional de nuestro tiempo.

II. LAS RUPTURAS DE LA ERA DIGITAL

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 tecnológicos¹⁰. 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 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 participativo¹¹.
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 económicos de las grandes compañías tecnológicas que la están diseñando y configurando a su medida¹².

10 Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., «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.

11 Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., «La constitución del algoritmo. El difícil encaje de la constitución analógica en el mundo digital», en: GOMES, A. C. N., ALBERGARIA, B., CANOTILHO, M. R. (Coords.), *Direito Constitucional: diálogos em homenagem ao 80º aniversário de J. J. Gomes Canotilho*. Belo Horizonte, Fórum, 2021. Cfr. Igualmente, BALAGUER CALLEJÓN, F., «La constitución del algoritmo», en: BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.), CÁMARA VILLAR, G., BALAGUER CALLEJÓN, M. L. y MONTILLA MARTOS, J. A., *Introducción al Derecho Constitucional*, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2022.

12 Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., *La cultura constitucional en la era digital*, de próxima publicación en la editorial Thomson.

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 público¹³.
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 tráfico económico (derechos de los consumidores y usuarios, derecho a la protección de los datos personales)¹⁴.

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 no alcanza a una gran parte de la realidad antes ordenada por él.

III. LAS COMPAÑÍAS TECNOLÓGICAS COMO AGENTES GLOBALES

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.

13 Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., «The Impact of the New Mediators of the Digital Age on Freedom of Speech», *op. cit.*

14 Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., «Costituzione economica e globalizzazione», *op. cit.*

Para que nos hagamos una idea de la dimensión que están adquiriendo como consecuencia de la crisis sanitaria, 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)¹⁵. 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)¹⁶. En enero de 2022, Apple superó ya los 3 billones de dólares en valor en Bolsa¹⁷.

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 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.

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 hacer simplemente con inteligencia. Para ser más exactos, con inteligencia artificial, a través de las redes sociales y las aplicaciones de Internet diseñadas por las grandes compañías tecnológicas.

Europa, por el contrario, no está presente en la batalla por la hegemonía digital. 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,

15 En valor bursátil alcanzado el jueves 23 de julio de 2020. Cfr. GARCÍA VEGA, M. A., «FAANG: el acrónimo más caro de la historia», *El País*, 25 de julio de 2020.

16 Cfr. CORONA, S, FARIZA, I., «Las tecnológicas agigantan su dominio en plena pandemia», *El País*, 23 de agosto de 2020.

17 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.

Microsoft, Alphabet/Google, Facebook, Alibaba y Tencent, por ese orden)¹⁸ 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 los intereses de Europa. La distinta respuesta de los países europeos a los requerimientos de Estados Unidos depende en gran medida de su mayor o menor dependencia con el mercado chino¹⁹.

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 muestra el caso de Alibaba²⁰.

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 custodiados por empresas norteamericanas²¹. 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

18 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*, op. 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>.

19 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.

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

21 Frente al 4% en Europa, por ejemplo. Cfr. PELLICER, L., FARIZA, I., «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

y, lamentablemente, de la propaganda política y de la manipulación electoral por parte de alguna de ellas, como es el caso de Facebook.

IV. NUEVAS PAUTAS CULTURALES Y NUEVOS PARADIGMAS

Los factores de poder de nuestro tiempo, como 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 y el aumento extraordinario de su valor en bolsa al que hemos hecho referencia anteriormente.

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 contratación 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 política²².

Frente al Estado y la constitución estatal, 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.

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.

22 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.

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 constitucional²³, nadie controla 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.

V. PROCESOS CONSTITUCIONALES VS. NUEVOS ENTORNOS DIGITALES

Respecto del derecho constitucional, las redes sociales y las aplicaciones de Internet avanzan un cambio de paradigma, en el que no basta simplemente con pensar en su regulación para adaptarlas a las exigencias propias del constitucionalismo, sino que, como en toda interacción dialéctica, es necesario plantearse también 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.

23 Cfr. HÄBERLE, P., «El constitucionalismo universal desde las constituciones parciales nacionales e internacionales. Siete Tesis» en: *Dereito Público*, número 54. Nov.-Dic. 2013.

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 que se irá 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 normativas²⁴:

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 y enmiendas constitucionales. Estos consensos son cada vez más difíciles de conseguir debido a la

24 Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., «Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el Siglo XXI», en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 30, Julio-Diciembre de 2018.

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 garantizar los derechos. Esa pretensión se sigue manteniendo, aunque, en el caso de la Unión Europea, el poder de los Estados miembros no tenga ya esa vocación de totalidad porque lo comparten con las instancias europeas²⁵. 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 y 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 congruencia con la teoría de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales de Peter Häberle²⁶). 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 por el modo en que se desarrollan los debates.

25 Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., «European Integration and Limitation of the Power of Constitutional Reform», en: ARNOLD, R. (Editor), *Limitations of National Sovereignty through European Integration*, Springer, 2016.

26 Cfr. HÄBERLE, P., «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten: Ein Beitrag zur pluralistischen und prozessualen Verfassungsinterpretation», en: *JuristenZeitung*, 1975, pp. 297-305.

5. El radicalismo y la intolerancia que se generan en las redes sociales, debido en gran medida al “efecto burbuja”²⁷ 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 factor que debemos considerar²⁸. 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 manera 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 configuración de la verdad* en el espacio público, una cuestión de esencial importancia y que actualmente se ve condicio-

27 Cfr. PARISER, E., *The Filter Bubble. What the Internet Is Hiding from You*, Penguin Books Ltd. Edición de Kindle, 2011.

28 PITRUZZELLA, G., «La libertà di informazione nell'era di Internet», en: PITRUZZELLA, G., POLLICINO, O., QUINTARELLI, S., *Parole e potere: Libertà d'espressione, hate speech e fake news*. Italian Edition. Egea, 2017.

nada por fenómenos tales como las *fake news* y la posverdad, que encuentran en las redes sociales un ámbito especialmente favorable para su propagación. 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.

VI. DEMOCRACIA PLURALISTA VS. DEMOCRACIA DIGITAL

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 adjetivarla 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 tecnológico²⁹.

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 público³⁰.

29 Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., «The crisis of the representative democracy in the face of digital democracy», en: BLANCO DE MORAIS, C., MENDES, G. y VESTING, T., *The Rule of Law in Cyberspace: Democracy, Disinformation and Social Networks*, Springer, 2022.

30 Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., «Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia», en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 32, Julio-Diciembre de 2019.

Estos 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 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 sociales³¹. La información está siendo distribuida cada vez en mayor medida a través de las redes sociales³² y se evidencia un retroceso permanente de los medios de comunicación tradicionales³³.

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 veraz³⁴. Al mismo tiempo, los me-

31 *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”.

32 “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.

33 “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.

34 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. PAPA, A., «El derecho a ser informados en el marco de la tutela multinivel

dios 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 necesaria en la democracia pluralista. 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 están generando es una involución democrática y constitucional³⁵.

Los canales comunicativos y participativos se han concentrado de manera monopolística en unas pocas compañías globales controladas por grandes empresas tecnológicas³⁶ con un interés económico centrado en dos ámbitos: la publicidad y la acumulación de datos personales de los usuarios que posteriormente son utilizados como mercancía³⁷. Para favorecer su modelo de negocio estas compañías

de la libertad de expresión», en: HÄBERLE, P., BALAGUER CALLEJÓN, F., SARLET, I., STRAPAZZON, C. L. y AGUILAR, A. (Coords.), *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel. Libro Homenaje a Jörg Luther*, Madrid, 2020, pp. 271-272.

35 Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., «Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI», *op. cit.*

36 *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

Cfr. Igualmente, House of Commons, Digital, Culture, Media and Sport Committee, DCMS. *Disinformation and ‘fake news’: Final Report*, Published on 18 February 2019 by authority of the House of Commons, pp. 26 y ss. <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcmds/1791/1791.pdf>

37 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

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 retroalimenta de *fake news* y posverdad.

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.

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 digital³⁸ sino también para recuperar nuestra democracia pluralista y nuestra democracia 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.

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 difícil 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>

38 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, PÉREZ CONCHILLO, E., *Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Configuración y naturaleza constitucional*, Tesis Doctoral, Granada, 2022. Cfr. igualmente, ANTONINO DE LA CÁMARA, M., «Transparencia y derecho de acceso a la información *versus* protección de datos», en: *R.I.T.I.* n. 4 Mayo-Agosto 2017.

VII. DERECHOS FUNDAMENTALES VS. DERECHOS INSTRUMENTALES

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 productos³⁹.

La lógica que expresa este proceso es la de la ruptura del constitucionalismo de los derechos, que desde su implantación 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 viable⁴⁰. 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

39 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’archittrave dell’economia di mercato”. PERNA, R., «L’Italia ha bisogno di una nuova costituzione economica?», en: Astrid, 2010.

40 Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., «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, pp. 45-87.

sobrepone a todas las categorías productivas, concentrando el estatuto de derechos propio del ciudadano⁴¹.

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.

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 Häberle⁴², 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

41 Cfr. AGUILAR CALAHORRO, A., «El sujeto de derecho en la sociedad del consumo: el ciudadano como consumidor», en GARCÍA HERRERA, M. A., ASENSI SABATER, J. y BALAGUER CALLEJÓN, F., *Constitucionalismo crítico: liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016.

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

vista constitucional, en palabras de Peter Häberle⁴³, para configurarse como un fin en sí mismo, al que los derechos constitucionales se ordenan y se subordinan.

Por otro lado, 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 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, el rendimiento en el mercado 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 digitales⁴⁴. 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.

En general, en el ámbito de la economía digital podemos ver también la hipertrofia de los derechos de los consumidores y usuarios, que concentran 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.

43 Cfr. HÄBERLE, P., «Siete tesis para una teoría constitucional del mercado», Traducción de Miguel Azpitarte Sánchez, en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 5, Enero-Junio de 2006.

44 A este respecto es de destacar 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.

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*”⁴⁵ 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.

45 Andrew Lewis, bajo el alias *Blue beetle*, en el sitio *Web MetaFilter*, *op. cit.*, en PARISER, E., *The Filter Bubble* (p. 21). Penguin Books Ltd. Edición de Kindle.

VIII. CONTROLAR A LAS COMPAÑÍAS TECNOLÓGICAS

Conocemos ya el daño que un uso inadecuado de la inteligencia artificial está provocando a la constitución, a la democracia y a 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, entre otros aspectos, 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. La solución es el control de las compañías tecnológicas para intentar que su modelo de negocio no lesione los derechos de los ciudadanos, no genere involuciones democráticas y no impida el desarrollo de las funciones de la constitución.

El control de las compañías tecnológicas debe partir de la diferenciación necesaria entre las causas de los problemas que generan, que tiene siempre un ámbito global y los efectos, que se producen sobre el espacio público estatal. El Estado tiene más capacidad de intervención sobre los efectos que sobre las causas. Pero hay otros niveles de control, como el europeo, que pueden tener un mayor alcance. Diferenciar los niveles de control es importante, como también lo es tener en cuenta la diversidad de instrumentos que se deben poner en juego y que van desde la educación digital hasta las sanciones económicas, las medidas impositivas, el control de la competencia o, en las cuestiones más graves, las sanciones penales⁴⁶.

Una de las claves 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 a los que se utilizan para procesarlos, elaborar perfiles y dar un uso comercial o político a esos perfiles.

46 Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., “Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia”, *op. cit.*

Otra clave es la ruptura de los monopolios. Ahora bien, más que insistir en el control por los organismos reguladores (necesario en todo caso) sería más positivo promover una apertura de las aplicaciones de Internet, de manera que dejen de ser cerradas y jerarquizadas por algoritmos para pasar a ser abiertas y permitir la gestión por diversos operadores y la comunicación entre ellas, como ocurre con las aplicaciones de correo electrónico⁴⁷.

La orientación del 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.

Los retos que tiene la constitución estatal y el Estado nacional frente a las grandes compañías tecnológicas son enormes. Frente a ellos no podemos pensar tampoco que la constitución puede limitarse a regular la realidad digital añadiendo a la constitución “analógica” las cláusulas correspondientes para incorporar esta 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 nuevo mundo híbrido, lo que significa necesariamente una nueva mentalidad a la hora de abordar las reformas constitucionales.

La finalidad de toda constitución es ordenar con un sentido unitario, en la medida de lo posible, la realidad social. Desde esa perspectiva, es necesario asumir la naturaleza dialéctica de la relación entre la vertiente física y la digital del mundo actual. 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. Es necesario 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 superando en lo posible las rupturas que la realidad digital ha generado.

47 Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., *The Impact of the New Mediators of the Digital Age on Freedom of Speech* *op. cit.*

IX. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR CALAHORRO, A., «El sujeto de derecho en la sociedad del consumo: el ciudadano como consumidor», en GARCÍA HERRERA, M. A., ASENSI SABATER, J. y BALAGUER CALLEJÓN, F., *Constitucionalismo crítico: liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016.
- ANTONINO DE LA CÁMARA, M., «Transparencia y derecho de acceso a la información *versus* protección de datos», en: *R.I.T.I.* n. 4 Mayo-Agosto 2017.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., *La constitución del algoritmo*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2022.
- «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, pp. 45-87.
- «European Integration and Limitation of the Power of Constitutional Reform», en: ARNOLD, R. (Editor), *Limitations of National Sovereignty through European Integration*, Springer, 2016.
- «Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el Siglo XXI», en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 30, Julio-Diciembre de 2018.
- «Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia», en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 32, Julio-Diciembre de 2019.
- «Costituzione economica e globalizzazione», en: *federalismi.it*, numero speciale. 5/2019, 25 Ottobre 2019.
- «La Constitución en el tiempo de las redes sociales», en: ARAGÓN REYES, M., JIMÉNEZ CAMPO, J., AGUADO RENEDO, C. y GARCÍA GUERRERO, J. L. (dirs.), *La Constitución de los españoles. Estudios en homenaje a Juan José Solozábal Echavarría*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019.
- «Interpretación constitucional y populismo», en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 33, Enero-Junio de 2020.

- «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.
- «Constitutional interpretation and populism in contemporary Spain», en: GÁRDOS-OROSZ, F. y SZENTE, Z. (edsz), *Populist Challenges to Constitutional Interpretation in Europe and Beyond*, Routledge, London and New York, 2021.
- «La constitución del algoritmo. El difícil encaje de la constitución análoga en el mundo digital», en: GOMES, A. C. N., ALBERGARIA, B., CANOTILHO, M. R. (Coords.), *Direito Constitucional: diálogos em homenagem ao 80º aniversário de J. J. Gomes Canotilho*. Belo Horizonte, Fórum, 2021.
- «The crisis of the representative democracy in the face of digital democracy», en: BLANCO DE MORAIS, C., MENDES, G. y VESTING, T., *The Rule of Law in Cyberspace: Democracy, Disinformation and Social Networks*, Springer, 2022.
- «La constitución del algoritmo», en: BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.), CÁMARA VILLAR, G., BALAGUER CALLEJÓN, M. L. y MONTILLA MARTOS, J. A., *Introducción al Derecho Constitucional*, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2022.
- «The Impact of the New Mediators of the Digital Age on Freedom of Speech» HINDELANG, S. (ed.), MOBERG, A. (ed.), *YSEC Yearbook of Socio-Economic Constitutions*, Springer 2022.
- *La cultura constitucional en la era digital*, de próxima publicación en la editorial Thomson.
- BENNHOLD, K., and EWING J., «In Huawei Battle, China Threatens Germany 'Where it Hurts': Automakers», *The New York Times*, 16 January 2020.
- CORONA, S., FARIZA, I., «Las tecnológicas agigantan su dominio en plena pandemia», *El País*, 23 de agosto de 2020.
- GALINDO, C., «Las grandes tecnológicas consolidan su liderazgo tras dos años de pandemia», *El País*, 5 de febrero de 2022.

- GARCÍA VEGA, M. A., «FAANG: el acrónimo más caro de la historia», *El País*, 25 de julio de 2020.
- HÄBERLE, P., «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten: Ein Beitrag zur pluralistischen und prozessualen Verfassungsinterpretation», en: *JuristenZeitung*, 1975, pp. 297-305.
 - «La ciudadanía a través de la educación como tarea europea», Traducción de Francisco Balaguer Callejón, en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 5, 2005.
 - «Siete tesis para una teoría constitucional del mercado», Traducción de Miguel Azpitarte Sánchez, en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 5, Enero-Junio de 2006.
 - «El constitucionalismo universal desde las constituciones parciales nacionales e internacionales. Siete Tesis» en: *Direito Público*, número 54. Nov.-Dic. 2013.
- PAPA, A., «El derecho a ser informados en el marco de la tutela multinivel de la libertad de expresión», en: HÄBERLE, P., BALAGUER CALLEJÓN, F., SARLET, I., STRAPAZZON, C. L. y AGUILAR, A. (Coords.), *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel. Libro Homenaje a Jörg Luther*, Madrid, 2020.
- PARISER, E., *The Filter Bubble. What the Internet Is Hiding from You*, Penguin Books Ltd. Edición de Kindle, 2011.
- PELLICER, L., FARIZA, I., «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
- PÉREZ CONCHILLO, E., *Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Configuración y naturaleza constitucional*, Tesis Doctoral, Granada, 2022.
- PERNA, R., «L'Italia ha bisogno di una nuova costituzione economica?», en: Astrid, 2010.
- PITRUZZELLA, G., «La libertà di informazione nell'era di Internet», en: PITRUZZELLA, G., POLLICINO, O., QUINTARELLI, S., *Parole e potere: Libertà d'espressione, hate speech e fake news*. Italian Edition. Egea, 2017.

- SANTIRSO, J., «Caída y desaparición del millonario dueño de Alibaba», *El País*, 13 de enero de 2021.
 - «Jack Ma, el fundador de Alibaba, reaparece después de tres meses desaparecido», *El País*, 20 de enero de 2021.
- ZUBOFF, S., «The Coup We Are Not Talking About», *The New York Times*, 29/1/2021, p. 4.