

CONSTITUCIONALISMO DIGITAL: ENTRE REALIDAD DIGITAL, PROSPECTIVA TECNOLÓGICA Y MERA DISTOPÍA CONSTITUCIONAL

Preprint: Juan Francisco Sánchez Barrilao,
"Constitucionalismo digital: entre realidad digital,
prospectiva tecnológica y mera distopía
constitucional, Revista da AJURIS - QUALIS A2, [S. I],
vol. 49, núm. 152, 2022, pp. 395-418, 2022. ISSN :
1679-1363

Juan Francisco Sánchez Barrilao
Prof. Titular del Departamento de Derecho Constitucional,
Universidad de Granada
juanfco@ugr.es

I.- Introducción: sociedad digital y Derecho Constitucional¹

Siendo el progreso digital una de las manifestaciones más intensas del desarrollo tecnológico y de su incidencia social desde finales del Siglo XX, viniendo a superar las conocidas como *sociedad industrial* y *sociedad de la información* (y entroncando incluso con la *sociedad del riesgo* que también prosperara en dicho momento), se llega finalmente, y en especial con ocasión de la pandemia, a generalizar su entendimiento como *sociedad digital*, aun cuando ello ya se considerara así de tiempo². Y es que la crisis de la Covid-19, como otras crisis recientes, no ha venido sino a catalizar procesos y cambios que venían dándose de antes (incluso de bastante antes), pero que ahora se ven evidenciados ante su aceleración por necesidades coyunturales que, sin embargo, acaban por expresar evoluciones potencialmente llamadas a permanecer³. De este modo el impulso digital vivido en este periodo de pandemia, y particularmente con ocasión de los confinamientos que en todo el mundo se han dado (y en los que la tecnología digital vino a funcionar como único puente abierto a nuestras relaciones familiares, sociales, culturales, sanitarias, económicas, laborales, comerciales, educativas e incluso jurídicas y políticas), aceleró las transformaciones iniciadas desde hace años en dichos ámbitos, y al punto de alcanzarse metas de digitalización inicialmente anunciadas a bastantes años vista. No es solo que el

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación "La configuración del espacio público en las redes sociales y su incidencia sobre la democracia pluralista y la Constitución" (PID2019-106118GB-I00).

² Cfr. J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, "Riesgos y seguridad a comienzos del siglo XXI (y una coda al respecto de la crisis del COVID-19)", AA.VV. Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 311-313.

³ Cfr. J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, "Transformaciones, tendencias y algún recelo sobre la potestad normativa (legislativa) en los tiempos de la Covid-19", AA.VV. División de poderes en el Estado de partidos, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 54-55, y 74-75.

tiempo sea cada vez más difícil de comprender y manejar ante su aceleración tecnológica y digital (precisamente)⁴; es que nos vimos *encapsulados* en nuestros hogares, mientras el espacio virtual y los entornos digitales desplazaban las calles, las plazas, las oficinas, las aulas, los pabellones, los comercios y los restaurantes; y al desconfinarnos luego, en eso que ha venido a llamarse “nueva normalidad”, que nos encontrásemos inmersos en un inédito marco de relaciones híbridas de lo físico y lo digital que todavía perdura y continuará.

A nivel de la investigación y la ciencia jurídica, tanto la Covid (en sí, y al respecto de las demás cuestiones instrumentales y consecuencias que se han abierto en torno a ella), como el referido espacio digital y el ulterior marco híbrido resultante, fueron y son aún objeto de estudio (de lo que son muestra, precisamente, estas páginas). Así, y en pleno confinamiento, comenzaron a realizarse seminarios colectivos, obviamente *online* (los conocidos como webinar), en relación a las transformaciones y al impacto digital que se empezara a constatar en el Derecho durante tal momento de excepción constitucional; y seminarios, además, en los que el objeto de estudio, como el formato informático (digital) en los que se desarrollaron, vinieron a converger ante nuevos retos para nuestro tradicional Derecho Constitucional. Con ello no queremos decir que estos retos no encontraran causa en cuestiones que llevan años abriéndose camino y planteando problemas a nivel constitucional (según se volverá luego)⁵, sino que no habían tenido el grado de visualización que ahora muestran al hilo de su intensísimo avance durante la pandemia; baste al respecto recordar toda la problemática constitucional surgida en torno al “Radar Covid” en 2020 (aplicación digital de seguimiento, control y advertencia personal diseñada y dirigida por el Gobierno de España para ayudar a evitar la propagación del coronavirus)⁶.

Aun desde el limitado punto de vista que nos permite el todavía escaso tiempo pasado desde dicho momento de excepción y de tan intensas transformaciones, es que quepa sin embargo advertirse ya tres cuestiones abstractas al respecto del Derecho Constitucional y lo digital. La primera, la más evidente, incluso anotada desde años antes de la pandemia, sería la progresiva superación de un Derecho Constitucional construido a partir de una Constitución normativa al servicio del pluralismo y en tanto que respuesta a

⁴ Cfr. J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, “El futuro del Estado constitucional”, *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, No. 10, 2019, p. 827-828.

⁵ P.e., V. FROSINI, “L'orizzonte giuridico dell'Internet”, *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, No. 2, 2000, p. 271-280.

⁶ P.e., R. RODRÍGUEZ-PRieto, “Consecuencias de la STC 76/2019, de 22 de mayo en la privacidad y uso de apps para el control de la COVID. El caso de Radar COVID”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, No. 43, 2020, p. 189-219.

la sociedad industrial (con la lucha de clases), a la par que canalizaba la llamada sociedad de la información; pero de una Constitución, como advierte Balaguer Callejón, que se desarrolló desde una perspectiva obviamente *analógica* (dado el estado tecnológico en tal momento), aunque paulatinamente fuera tomando conciencia de lo digital (sin más, y en 1978, el art. 18.4 CE)⁷. No es en absoluto que se considere superada la acepción normativa de Constitución, ni del pluralismo (claro); es, simplemente, que en la actualidad comienza a apreciarse una potencial y cierta dificultad en la capacidad normativa de una Constitución nacida y desarrollada en un contexto que no es ya sobre el que ahora actúa (lo que podría repercutir, por cierto, en su propia validez), por cuanto que sus presupuestos han cambiado⁸, por más que la Constitución y el Derecho Constitucional, no se olvide, mantengan teleológicamente su misión de ordenar y limitar el poder, dándole forma (en feliz expresión de Rubio Llorente)⁹, y en garantía jurídica de la libertad¹⁰.

De ahí, a su vez, que comience a hablarse de un constitucionalismo digital, aunque solo sea como constatación de su compleja relación contextual con la vigente sociedad digital: o lo que es igual, de cómo se entiende hoy el constitucionalismo ante la vigente digitalización de la realidad y su clásica misión de seguir garantizando la libertad ante el poder¹¹; pero ello, en principio, sin mayores consideraciones, pues se limitaría a advertir, aun de manera crítica, dificultades y retos constitucionales¹². Por tanto, que de un *constitucionalismo en o ante la sociedad digital*, más que de un constitucionalismo digital, se deba hablar en tal sentido, pues lo que finalmente se trasvé (con esta dimensión del constitucionalismo) es una progresiva superación del referido Derecho Constitucional analógico por una realidad de fortísima impronta digital y en la que el poder, como poderes ahora (y muchos de ellos de carácter privado), termina por desbordarse y escaparse a su efectiva conformación jurídica (y con la consiguiente crisis de la referida concepción constitucional normativa sobre la que aquel reposa, ante la dificultad de ofrecer una

⁷ F. BALAGUER CALLEJÓN, “La Constitución del algoritmo”, Fundación Giménez Abad, en https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/actividades/documentos/2021/20210415_dc_resumen_ponencia_balaguer_callejon_f_es_o.pdf (02/02/2022).

⁸ Nuevamente F. BALAGUER CALLEJÓN, pero ahora Fuentes del Derecho (I. Principios del ordenamiento constitucional), Tecnos, Madrid, 1991, pp. 125-126.

⁹ F. RUBIO LLORENTE, La forma del poder: estudios sobre la Constitución, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993.

¹⁰ Vid. A. PACE, “Los retos del constitucionalismo en el siglo XXI”, trad. de A. de la Iglesia Chamarro, Revista de Derecho Constitucional Europeo, No. 2, 2005, p. 161-179.

¹¹ Sobre tal consideración clásica del constitucionalismo, O. BEAUD, “Constitución y constitucionalismo”, AA.VV. Diccionario Akal de Filosofía Política, trad. de M. Peñalver y M.P. Sarazin, Ediciones Akal, Madrid, 2001, p. 137-148.

¹² Desde esta perspectiva, E. CELESTE, “Digital constitutionalism. Mapping the constitutional response to digital technology’s challenges”, Hiig Discussion Paper Series, No. 2, 2018, p. 3 ss.

adecuada regulación y garantía jurídica de las nuevas relaciones de poder que se dan en la actualidad).

De este modo y como tercera cuestión estaría ahora el plantearnos, como poco (y siguiendo nuevamente a Balaguer Callejón), digitalizar la Constitución y el Derecho Constitucional, integrando en ambos conceptos jurídico-políticos tanto la tecnología digital, como su efectivo impacto a nivel social, cultural, económico, político y jurídico, a fin de procurar nuevas formas de proyectar jurídicamente la limitación y organización del poder en garantía de la libertad; pero también, e incluso (dado que paso ulterior), el esbozo de un auténtico constitucionalismo digital en cuanto que concreción de específicos institutos y principios jurídicos y políticos en relación con el progreso y la sociedad digital, así como con la ordenación del poder al respecto de ello, de la democracia y de los derechos humanos. Y esto, apuntamos, superando también el debate ya clásico de la mera adaptación del constitucionalismo todavía vigente a los nuevos tiempos, además de no limitarnos a digitalizar el referido Derecho Constitucional analógico, por cuanto que lo digital está transformando (aun como transición hoy) el tipo de sociedad y las relaciones de poder que en ellas se dan, y por tanto, claro, los propios presupuestos sobre los que se habría de construir, entonces, dicho constitucionalismo digital. Piénsese, y como mero ejemplo, en el debate doctrinal y jurisprudencial desarrollado en las décadas de los ochenta y noventa del siglo pasado en torno a la actividad televisiva como libertad de antena¹³, para verse al tiempo superado como consecuencia de la digitalización de la televisión y la aparición de canales en Internet¹⁴. ¿Dónde ha quedado, así, la cuestión de las retransmisiones televisivas *piratas* y de ámbito local ante los otros canales públicos y privados con los que venía a competir, y su particular relevancia constitucional al respecto de las libertades de expresión e información?; y más, cuando hoy el interés y el debate parecería trasladarse hacia los *streamer* y *youtuber* como nuevas formas de comunicación *online*, de competencia con la televisión, y en relación al acceso y a la neutralidad de Internet dados que nuevos derechos en progresiva configuración jurídico-constitucional¹⁵.

¹³ J.F. SÁNCHEZ BARRILAO: “El derecho fundamental a la actividad televisiva (I)”, Revista Jurídica de Andalucía, No. 18, 1996, p. 35-55; y “El derecho fundamental a la actividad televisiva (II)”, Revista Jurídica de Andalucía, No. 19, 1996, p. 591-614.

¹⁴ Nuevamente J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, pero ahora “La televisión local digital terrestre en Andalucía y el cese de emisiones en analógico”, Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública, No. 74, 2009, p. 147-205.

¹⁵ Otra vez J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, aunque “Sobre «youtubers» y la neutralidad de la red”, en AA.VV. Desafíos de la protección de menores en la sociedad digital: Internet, redes sociales y comunicación, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 195-234.

II.- Constitucionalismo digital como reacción a la realidad digital

Conforme lo adelantando, el intenso progreso informático al respecto del software como del hardware, del *Big Data* y la Inteligencia Artificial, de las comunicaciones, el Internet y las redes sociales, y del almacenamiento de la información y su encriptamiento, nos empuja a novísimas formas de relaciones sociales, económicas, políticas y jurídicas que vienen a transformar de manera constante, permanente, nuestras concretas relaciones y formas de organización social, económica, política y jurídica. Y con ello, la alteración del equilibrio entre lo jurídico y la realidad a la que aquel pretende regular: especialmente, al respecto de la aparición no solo de nuevas formas opresión por los tradicionales poderes públicos, sino por el surgimiento de nuevos poderes privados, y en ambos casos violentando derechos y libertades de las personas¹⁶; y además (y según también lo adelantado), con especial ímpetu con ocasión de la pandemia, si bien desde hace tiempo, insistimos, se viniera advirtiendo¹⁷. De este modo la Constitución normativa y el Derecho Constitucional que la desarrolla entra progresivamente en aprieto ante la nueva realidad digital que avanza, si bien van proponiendo, aun con limitaciones sustantivas, formales y temporales, algunas respuestas jurídicas al respecto; y ello, especialmente, a fin de garantizar derechos y libertades frente a los nuevos retos y riesgos digitales que crecen a nuestro alrededor.

Es esta, sin duda, una perspectiva clásica del constitucionalismo, por cuanto que conecta con su acepción más antigua¹⁸, a la par que liberal¹⁹, al centrarse en la idea de limitar el poder como garantía de la libertad; y esto, al respecto del progreso digital, desde el reconocimiento de nuevos derechos, y de nuevas expresiones de derechos clásicos, frente a nuevas formas de agresión digital a la dignidad de las personas, como con el establecimiento de nuevos deberes y restricciones a fin de confinar o atemperar el impacto

¹⁶ Vid. F. BALAGUER CALLEJÓN, “Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, No. 32, 2019

¹⁷ “Cuando el poder político no se controla, incluso los instrumentos de la nueva tecnología, de comunicación de masas, de la llamada «educación popular», pueden ser pervertidos en una gran máquina de corrupción. La corrupción de las mentes se consigue gracias a una desinformación masiva y a la prohibición de toda crítica”. M. CAPPELLETTI, “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la «justicia constitucional»”, trad. de P. de Luis Durán, *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 17, 1986, p. 9 ss.

¹⁸ *Cómo no*, M.J.C. VILE, *Constitucionalismo y separación de poderes*, trad. X. Bastida Calvo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

¹⁹ J.M. OLARIETA ALBERDI, “La separación de poderes en el constitucionalismo burgués”, *Nómadas: Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, No. 32, 2011, p. 331-469.

de la actividad digital pública y privada en la libertad y en la Democracia. Esta fue ya la perspectiva con la que la propia Constitución española vendría en 1978 a proteger, precisamente, la intimidad ante el uso de la informática (nuevamente art. 18.4)²⁰, o más recientemente con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (conforme al Tratado de Lisboa), y de manera específica, los datos personales (art. 8)²¹; y en todo caso, como la propia Carta expresa, ante los nuevos riesgos que para las personas supone el progreso digital²², y según su ulterior desarrollo normativo: el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (y por el que se deroga la anterior Directiva 95/46/CE), o Reglamento general de protección de datos²³.

En dicho plano de crecientes riesgos informáticos para la persona, pero con un carácter más general y sistémico, incluso principal, la Carta de Derechos Digitales, adoptada ahora por el Gobierno español el 15 de julio de 2021²⁴, reflexiona asimismo, desde la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), sobre un progreso digital humanista y la necesidad de asegurar que el marco normativo garantice la protección de los derechos individuales y colectivos de las personas, así como los valores constitucionales; y a partir de ello, proclamando como derechos, junto a la protección de datos (y entre otros), la identidad en el entorno digital, el pseudonimato, el no ser localizado y perfilado, la ciberseguridad, la herencia digital, la igualdad y la no discriminación en el entorno digital, los referidos acceso y neutralidad de Internet, la protección de los menores, la libertad de expresión e información, y recibir información veraz, la participación ciudadana, la

²⁰ P.e., A.E. PÉREZ LUÑO, “Informática y libertad: Comentario al artículo 18.4 de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, No. 24, 1981, p. 31-54

²¹ Si bien antes del Tratado de Lisboa, vid. C. RUIZ MIGUEL, “El derecho a la protección de los datos personales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, No. 14, 2003, p. 7-43.

²² “Para ello es necesario, dotándolos de mayor presencia en una Carta, reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos” (Preámbulo CDFUE). De interés, sobre la configuración progresiva de un constitucionalismo digital en Europa desde tal perspectiva, vid. p.e.: G. DE GREGORIO, “The rise of digital constitutionalism in the European Union”, *International Journal of Constitutional Law*, V. 19, No. 1, 2020, p. 41–70; o G. DE GREGORIO y O. POLLICINO, “The European Constitutional Road to Address Platform Power”, *VerfBlog*, 2021/8/31.

²³ P.e., J.L. PIÑAR MAÑAS, “Introducción: hacia un nuevo modelo europeo de protección de datos”, AA.VV. *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016, p. 15-22.

²⁴ Dice expresamente el documento: “La presente Carta de Derechos Digitales, elaborada a partir del trabajo realizado por el Grupo asesor de Expertas y Expertos constituido por la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, se construye sobre tal cimiento”. Y decimos “documento” por cuanto que, y según vamos a ver más adelante, se ha aprobado al margen del sistema de fuentes y careciendo, entonces, de normatividad alguna.

educación digital, etc., además de especificar al respecto de determinados entornos hoy digitales (trabajo y empresa, medio ambiente, salud, investigación, cultura, inteligencia artificial, etc.). Desde la dependencia tecnológica y el riesgo digital, la Carta plantea, a su vez, un escenario dinámico de reflexión sobre los derechos más implicados en la sociedad digital y su necesario reconocimiento y garantía; y al hilo de ello, una propuesta de principios y valores en torno a una concepción humanista de la ordenación (pública y privada) de lo digital. Un buen punto de partida, en consecuencia, para un auténtico constitucionalismo digital, en cuanto algo más que la mera constatación de las carencias digitales en nuestro Derecho Constitucional al proponer nuevas formas de articular reglas, principios y valores constitucionales ante el nuevo contexto digital²⁵.

Sin embargo este entendimiento del constitucional digital plantea también limitaciones. Un ejemplo de esto y de la aparición de, como poco, nuevas manifestaciones de derechos en este nuevo contexto tecnológico (y en el marco europeo) es el caso del conocido derecho al olvido, dado que prototípica expresión de cómo el progreso digital, con los motores de búsqueda en Internet, ha venido a alterar el sentido de privacidad de la persona al respeto de datos personales del pasado que pueden ser recuperados y tratados de forma masiva e instantánea (pues basta con hacer una consulta sobre alguien en un navegador de Internet, para que pueda visualizarse de inmediato cientos de entradas al respecto). Sin perjuicio del vigente reconocimiento de este derecho en el recién referido Reglamento general de protección de datos (art. 17)²⁶, recuérdese que fue con la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de mayo de 2014 en el asunto *Google Spain SL y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González* (y a la luz de la asimismo referida Directiva 95/46/CE) cuando este derecho realmente apareciera:

“Ya que el interesado puede [...] solicitar que la información de que se trate ya no se ponga a disposición del público en general mediante su inclusión en tal lista de resultados, es necesario considerar [...] que estos derechos prevalecen, en principio, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en encontrar la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona” (97 §)²⁷.

²⁵ Cfr. M. BARRIO ANDRÉS, “Los derechos digitales: de la LOPDGDD a la Carta de Derechos Digitales de España”, *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review*, No. 9, 2021.

²⁶ Vid. M. MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, “Los nuevos límites al derecho al olvido en el sistema jurídico de la Unión Europea: la difícil conciliación entre las libertades económicas y la protección de datos personales”, *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, No. 2, 2017, p. 139-176.

²⁷ P.e.: G. MINERO ALEJANDRE, “A vueltas con el «derecho al olvido». Construcción normativa y jurisprudencial del derecho de protección de datos de carácter personal en el entorno digital”, *Revista*

Pero ha sido nuevamente con ocasión de otra Sentencia del Tribunal de Justicia, la de 24 de septiembre de 2019, en el asunto *Google LLC contra Commission nationale de l'informatique et des libertés*, que venga a evidenciarse, precisamente (y al tiempo), las limitaciones jurídicas y tecnológicas del reconocimiento del derecho al olvido en Europa por cuanto que no solo queda restringido al ámbito geográfico de la Unión Europea (puesto que marco jurisdiccional y vigencia del Derecho de la Unión Europea)²⁸, sino, y a la postre, al fraude digital que puede suponer el uso de redes privadas virtuales (VPN) al permitir el cambio o enmascaramiento de la IP del que pretende buscar datos personales previa y expresamente excluidos de una lista de resultados (y, por tanto, pudiéndose acceder a datos desde la Unión Europea, como si se estuviera fuera de su territorio y jurisdicción).

Ello es muestra de las debilidades jurídicas y políticas de tal modo de entender el constitucionalismo digital, pues el Derecho, en general, y el Derecho Constitucional, en particular, no solo queda a rebufo del progreso tecnológico-digital, sino que además puede resultar burlado por este. Por supuesto que el cambio social y tecnológico conlleva, de manera normal y habitual, desajustes con los respectivos ordenamientos jurídicos vigentes en cada momento, y que a su vez son resueltos mediante consiguientes modificaciones normativas²⁹. El problema se da, entendemos, cuando dichos cambios se producen por un progreso tecnológico intensísimo, motorizado y con un deficitario control público (incluso), como es hoy el digital³⁰, de manera que dicho desajuste altera la capacidad normativa ordinaria para adaptarse de forma constante a lo nuevo, y el Derecho Constitucional, entonces, resulta como mera respuesta al pasado dados los nuevos problemas que se van constantemente planteando; y con ello, también, el Derecho Constitucional como simple resolución de conflictos, en vez de regulación de relaciones de poder. En tal sentido son dos, pensamos, las objeciones que esta manera de entender el constitucionalismo digital plantea: de un lado, la consideración negativa que del progreso y la tecnología digital finalmente acaba por deducirse, al entender este no solo como un

Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, No. 30, 2014, p. 129-155; o M. HERNÁNDEZ RAMOS, “Motores de búsqueda y derechos fundamentales en internet: comentario a la STJUE, GOOGLE C-131/12, de 13 de mayo de 2014”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 34, 2014.

²⁸ Cfr. J. VILLARINO MARZO, “El derecho al olvido tiene límites, también territoriales... aunque no todo está dicho: Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 24 de septiembre de 2019 en el caso Google vs CNIL (C-517/17)”, *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review*, No. 3, 2019.

²⁹ De interés, sobre la “inagotabilidad de las fuentes”, F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho (I.)... cit.*, p. 153.

³⁰ J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, *De la ley al reglamento delegado. Deslegalización, acto delegado y transformaciones del sistema de fuentes*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, en especial p. 227 ss.

riesgo para las personas, sino como un problema para una adecuada y ordenada conformación jurídica de la entera comunidad social, económica, política y jurídica³¹; y de otro, al asumirse que el futuro de la sociedad, como comunidad, venga a dejarse en manos de los ingenieros (informáticos) y las empresas, en vez de los representantes políticos de los ciudadanos (puesto que miembros de la comunidad), con el consiguiente problema que ello supone para el principio democrático y la garantía del pluralismo social y político³².

III.- Constitucionalismo digital y prospectiva tecnológica

Dice expresamente la Carta de Derechos Digitales que esta tiene un triple objetivo, “descriptivo, prospectivo y asertivo”, pues, advertidos los nuevos contextos y escenarios digitales que se dan, junto con los conflictos y retos que plantea (visto más arriba), se ha de procurar también “anticipar futuros escenarios que pueden ya predecirse” (Consideraciones previas); o lo que es igual, especular con potenciales desarrollos tecnológicos a fin de ir preparándonos al respecto. Sin perjuicio de que tal visión nos permita atender mejor al carácter dinámico del progreso digital en relación a la ordenación jurídica de las relaciones sociales y de poder (y así resolver algunas de las objeciones planteadas más arriba), es que ella siga respondiendo todavía a una percepción abstracta de riesgo del desarrollo informático, lo cual, y aun siendo así (pues participamos del reto que supone los riesgos digitales, y en especial para la dignidad, los derechos y las libertades), lo consideramos limitado; me explico.

Como se ha señalado en el apartado anterior, una de las objeciones a la concepción del constitucionalismo digital antes presentada era el asumir, finalmente, la iniciativa casi exclusivamente privada del desarrollo informático y de la resultante sociedad digital; y esto, añadimos, ante los ingentes recursos económicos que se requieren hoy en la investigación científica y tecnológica, a la par de la desconfianza clásica que sobre lo político se ha venido dando en relación a la ciencia y la tecnología³³. Consecuencia de esto es el retroceso del poder público en su capacidad para atender no ya necesidades presentes

³¹ Desde esta perspectiva negativa a nivel europeo y en principio, J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, “Innovación digital, ciudadanía e integración europea” (en prensa).

³² Otra vez J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, pero ahora “El Derecho constitucional ante la era de Ultrón la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional”, Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público, V. 64, No. 2, 2016, p. 225 ss.

³³ Vid. J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, “Sobre la Constitución normativa y la tecnología”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, No. 8, 2005, p. 257-278.

y futuras de carácter técnico (sin más, la investigación de la vacuna de la Covid-19, fundamentalmente en manos privadas), sino para participar en el propio diseño del futuro, y con ello nuestra limitación al respecto de nuestro propio futuro individual y colectivo³⁴.

Lo primero, obviamente, entronca con el principio democrático, pues al final son las empresas las que, y desde un ecosistema globalizado, vienen a abrir y marcar los diversos nodos que en el presente van a delimitar potencialmente el futuro (a modo de posibles *multiversos*)³⁵; pero también está nuestro derecho a participar en el progreso digital, al margen de los meros reflejos positivos y negativos que ya nos llegan a partir del desarrollo informático que se da en cada momento y a instancia privada. En este sentido, los artículos 27.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, y 15.1.b del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, reconocen el derecho a participar y “gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”; y a su vera, entendemos, a participar en la propia conformación de la sociedad digital, en cuanto que orientada positivamente a la persona y a la ciudadanía en su dimensión individual y colectiva, y al hilo de ello cierto control democrático sobre el futuro³⁶.

Sin duda esta es una percepción del constitucionalismo digital más próxima ahora al constitucionalismo revolucionario y al contemporáneo (el relativo al Estado social y democrático de Derecho –art. 1.1 CE-), por cuanto que racional-normativo³⁷; es decir, por pretender no ya mantener cierto estado de la libertad ante el poder, sino por buscar la organización y el diseño de este, su forma, en un sentido tal que permita el reconocimiento y el ejercicio efectivo de derechos y libertades, al postular la transformación de la misma realidad en dicho sentido y en manos, en mayor o menor grado, de sus protagonistas. Y desde esta consideración, entonces, y a diferencia de la concepción constitucional presentada antes (en el epígrafe previo), que postulemos ahora otra consciente y prospectiva hacia el futuro que queramos, de manera que se participe (participemos)

³⁴ Cómo no. J. ESTEVE PARDO: “Ciencia y Derecho: La nueva división de poderes”, junto a J. Tejada Palacios en *Ciencia y Derecho: La nueva división de poderes*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013, p. 9-184.; “Decidir en la incerteza: El Derecho y los Poderes Públicos ante las crecientes incertidumbres de la ciencia”, *Revista de Derecho Administrativo*, No. 12, 1, 2012, pp. 105-111; y “La apelación a la ciencia en la crisis del COVID-19”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, No.1 2, 2020, p. 35-50.

³⁵ Ya J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, “Sobre la Constitución normativa y la globalización”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, No. 7, 2004, p. 241-261.

³⁶ Nuevamente J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, pero ahora “Los fundamentos del «progreso informático» en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Político*, No. 98, 2017, p. 335-368.

³⁷ Vid. M. GARCÍA-PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, Alianza, Madrid, 1984 (2ª reimp. 1991), p. 34-41.

democráticamente en el mismo a través del progreso informático y su potencial impacto y repercusión social³⁸.

Expresión de tal perspectiva fue ya, a finales del siglo pasado, el diseño político y jurídico a nivel europeo de la referida televisión digital (Directiva 95/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión), con la que se estableció un estándar de calidad y competitivo propio (europeo) con el que hacer frente a desarrollos externos (extracomunitarios) en innovación televisiva, y promoviendo así no solo un marco jurídico común, sino un modelo técnico para ingenieros y empresas³⁹; o más recientemente, el mencionado Reglamento general de protección datos, cuando, al respecto de la implicación de la informática en la propia protección de los datos personales, establece ahora normas destinadas a su desarrollo técnico por los mismos informáticos (p.e., arts. 24.1, 25.1 y 2, 32.1 o 35.1)⁴⁰. O, especialmente, el impulso y las propuestas normativas que sobre la Inteligencia Artificial y la robótica viene promoviendo el Parlamento Europeo desde 2017 (Informe del Parlamento Europeo, de 27 de enero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica)⁴¹, a fin de impulsar un progreso competitivo de la Inteligencia Artificial en Europa frente al desarrollo que se da en el resto del mundo, si bien desde el respeto y la promoción de los derechos de los europeos (como ya acontece a nivel ambiental en el campo de la automoción)⁴²; y con ello, y desde el conocido como *efecto Bruselas*, que el modelo tecnológico europeo resultante cupiera si no extenderse, sí que, al menos, contener la

³⁸ Y ello, advertimos, sin negar en ningún momento el impulso del progreso tecnológico y digital por los particulares, con su consiguiente vertiente económica y comercial, sino, simplemente, reclamar y garantizar un espacio propio de los poderes públicos y la ciudadanía al respecto.

³⁹ De interés, T. DE LA QUADRA-SALCEDO, *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y constitución económica europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1995.

⁴⁰ Vid. J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, “Los fundamentos del «progreso informático» en la Unión Europea... *cit.*, en especial p. 359-361.

⁴¹ Luego, aprobación por la Comisión Europea de la Estrategia europea sobre Inteligencia Artificial, de 25 de abril de 2018 [COM(2018) 237]. También, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Inteligencia artificial para Europa” [SWD(2018) 137 final], y, ulteriormente, “Plan coordinado sobre la inteligencia artificial”, de 7 de diciembre de 2018 [COM(2018) 795]. Y al tiempo, para terminar esta nota (y al momento de redactarla), la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley De Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, de 21 de abril de 2021 (COM/2021/206 final).

⁴² Cfr. J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, “Derecho constitucional, desarrollo informático e inteligencia artificial: aproximación a la propuesta del Parlamento Europeo a favor de una regulación sobre robótica”, AA.VV. Retos jurídicos por la sociedad digital, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, en especial p. 71 ss.

importación de tecnologías extracomunitarias dadas las garantías éticas y jurídicas que vendrían a exigirse aquí⁴³.

Desde una dimensión más amplia, e incluso abstracta, cabría mencionar también el actual proyecto de la Comisión Europea de una Declaración de principios y derechos digitales, de 26 de enero de 2022 [COM(2022) 28 final]⁴⁴, la cual, y como acontece con la Carta de los Derechos Digitales en España, vendría a procurar marcar, si bien desde un expreso tono positivo (y a diferencia de esta, como de buena parte del tono negativo mantenido hasta ahora por la propia Unión Europea)⁴⁵, la acción política y jurídica al respecto del progreso digital en la Unión Europea⁴⁶. Y es que, estando los ciudadanos en el centro de la transformación digital en la Unión Europea, la informática debería servir y beneficiar a todos los europeos y empoderarlos para realizar sus aspiraciones con total seguridad y con pleno respeto a sus derechos fundamentales (Capítulo I). En tal sentido, además de reconocerse derechos (como el acceso a la tecnología y a Internet, a una educación y formación digital, a beneficiarse de la Inteligencia Artificial, a participar en un espacio público digital, o a la seguridad de las redes), la Declaración se dirige a los diseñadores de productos y servicios digitales a fin alcanzar un desarrollo informático conforme a metas establecidas por las propias instituciones europeas, como son la equidad social, el acceso a entornos en línea fiables, o, expresamente, la protección del medio ambiente⁴⁷.

Todo lo anterior nos permite, a su vez (y para ir terminando este apartado), no solo distinguir el desarrollo informático en su consideración general de los concretos usos o aplicaciones de la tecnología, sino apreciar las potenciales repercusiones positivas del

⁴³ Vid. otra vez J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, pero ahora Pluralismo ordinamental y Derecho constitucional: el Derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 200 ss.

⁴⁴ Y dirigido al Parlamento Europeo y al Consejo Europeo a fin de su (conjunta) proclamación solemne.

⁴⁵ Precisamente, criticando dicha perspectiva negativa en Europa hasta ahora al respecto del desarrollo digital, J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, “Innovación digital, ciudadanía e integración europea”, AA.VV. Europa, società aperta (I. Problemi attuali e prospettive future), Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 419 ss.

⁴⁶ Mientras que la Carta de Derechos Digitales española comienza planteando “la necesidad de asegurar que el marco normativo garantiza la protección de los derechos individuales y colectivos de las personas, los valores constitucionales que constituyen el único cimiento posible de la convivencia” antes el “intenso progreso de la investigación científica, las invenciones y las tecnologías digitales o basadas en lo digital” (Consideraciones previas), el proyecto de la Declaración europea parte de cómo afectando la transformación digital “a todos los aspectos de la vida de los ciudadanos” abriendo “enormes oportunidades para mejorar la calidad de vida o para la innovación, el crecimiento económico y la sostenibilidad, también presenta nuevos desafíos para el tejido, la seguridad y la estabilidad de nuestras sociedades y economías”; y de ahí que, a medida que se acelere la transformación digital, sea “el momento de que la Unión Europea (UE) aclare cómo deben aplicarse sus valores y derechos fundamentales en el mundo en línea” (Preámbulo).

⁴⁷ “Con miras a prevenir un daño significativo al medio ambiente y a fin de promover la economía circular, los productos y servicios digitales deben diseñarse, producirse, usarse, eliminarse y reciclarse de tal manera que se minimice su impacto ambiental y social negativo” (Cap. VI).

progreso digital a nivel cultural, social, económico, político e incluso jurídico, además de permitir cierto grado de participación ciudadana en él a fin, precisamente, de procurar dichas metas colectivas. Y al igual cabría plantearse al respecto de la gestión del desarrollo digital, pues cuando este queda fuera de la explotación económica, no pocos de los problemas que se le achacan hoy acabarían matizándose. En tal sentido, el conocido como *software libre*⁴⁸ se nos sigue presentando como una muy interesante respuesta a muy diversos retos digitales que en la actualidad se nos plantean (como la dependencia tecnológica, la transparencia digital y el control público, los costes económicos y energéticos, el acceso abierto al conocimiento, etc.)⁴⁹, al punto de poder elevarla a la categoría de *utopía digital*, por más que desde el ámbito empresarial suponga, claro, un estorbo para el mercado de lo digital; y es que un movimiento tecnológico y social de este tipo, y con un apoyo público decidido y adecuado, bien podría corregir no pocas de las dificultades que se advierten en la sociedad digital, además de potenciar evoluciones de la informática más sensibles a las necesidades reales de las personas y de las propias instituciones públicas (una vez asegurada, eso sí, su necesaria ciberseguridad)⁵⁰.

IV.- Constitucionalismo digital frente distopía constitucional

Pero es que, definitivamente, estamos lejos de dicha *utopía digital*; no porque el *software libre* se mantenga como algo marginal, sino porque el Derecho Constitucional, a día de hoy, está dando cobertura (aun por omisión) a una evolución y explotación informática poco respetuosa tanto con los derechos de las personas, como con el principio democrático. Y ello, según hemos señalado en estas páginas, a pesar de las advertencias que la doctrina ha venido denunciando desde hace años en relación a los intensos riesgos que para el sistema constitucional supone, o puede llegar a suponer, el desarrollo informático.

Por tanto, que de *distopía constitucional* podamos hablar al respecto de la realidad digital hoy, ante la decadencia constitucional que se observa frente a tantas advertencias de

⁴⁸ De interés, J. CANDÓN-MENA, “Soberanía tecnológica en la era de las redes”, Revista Internacional de Pensamiento Político, No. 7, 2012, p. 73-92.

⁴⁹ Ya, L. LESSIG, en su clásico *El código y otras leyes del ciberespacio*, trad. de E. Alberola, Taurus, Madrid, 2000.

⁵⁰ P.e., vid. F. MARTÍNEZ CABEZUDO, “Soberanía tecnológica y gobierno abierto. Profundizando en las necesidades democráticas de la participación desde la tecnopolítica”, Revista Internacional de Pensamiento Político, No. 10, 2015, p. 47-70.

hace años. Y no es que nos refiramos a Estados como China, donde los estándares constitucionales se plantean lejanos a los occidentales (a tenor del modelo constitucional normativo contemporáneo vigente aquí, por más de su crisis)⁵¹, sino a los mismos Estados Unidos de Norteamérica a tenor de cómo se ha utilizado la tecnología digital para vigilar en masas a sus propios ciudadanos (y sin mayores garantías jurídicas de sus derechos), llegándose a hablar de un *imperio de la vigilancia*⁵², a la par que han favorecido un auténtico *capitalismo de la vigilancia*⁵³ en el que los datos personales se han convertido en nueva materia prima o fuente inagotable del mercado digital⁵⁴. Un mercado, por lo demás, en el que empresas como Cambridge Analytica y Palantir, manipulando y prediciendo conductas (respectivamente), han puesto en jaque al Estado democrático y de Derecho⁵⁵, mientras Facebook intenta superar la presión pública de los escándalos en los que se ha visto envuelta mediante un simple cambio de nombre (Meta) y actividad (el metaverso). Y por no hablar, sin más, de la elección, la Administración y la agónica derrota electoral de un Presidente, Donald Trump, arropado en las redes sociales, el populismo y la posverdad, y que finalmente sale indemne (a día de hoy) por los hechos del Capitolio del pasado 6 de enero de 2021, e incluso amenazando con volver⁵⁶. Sin duda, unos hechos más propios de la sinopsis de una hipotética (y exitosa) novela distópica de principios de este siglo, que del relato constitucional formalmente vigente.

En cuanto a la Unión Europea, sus estándares democráticos y normativos (y al influjo, además, del Consejo de Europa y de Estados miembros de intenso caudal

⁵¹ De interés, L. COTINO HUESO, “Inteligencia Artificial y vigilancia digital contra la COVID-19 y contra la privacidad: el diablo está en los detalles”, Bie3: Boletín IEEE, No. 18, 2020, p. 588-597

⁵² Cfr. I. RAMONET, *El imperio de la vigilancia*, Clave Intelectual, Madrid, 2016.

⁵³ Definición: “1. Nuevo orden económico que reclama para sí la experiencia humana como materia prima gratuita aprovechable para una serie de prácticas comerciales ocultas de extracción, predicción y ventas. 2. Lógica económica parasítica en la que la producción de bienes y servicios de subordina a una nueva arquitectura global de modificación conductual. 3. Mutación inescrupulosa del capitalismo caracterizada por grandes concentraciones de riqueza, conocimiento y poder que no tienen precedente en la historia humana. 4. El marco fundamental de una economía de la vigilancia. 5. Amenaza tan importante para la naturaleza humana en el siglo XXI como lo fue el capitalismo industrial para el mundo natural en los siglos XIX y XX. 6. Origen de un nuevo *poder instrumental* que impone su dominio sobre la sociedad y plantea alarmantes contradicciones para la democracia de mercado. 7. Movimiento que aspira a imponer un nuevo orden colectivo basado en la certeza absoluta. 8. Expropiación de derechos humanos cruciales que perfectamente puede considerarse como un golpe desde arriba: un derrocamiento de la soberanía del pueblo”. S. ZUBOFF, *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*, trad. de A. Santos, Paidós, Barcelona, 2020.

⁵⁴ Vid., p.e., W. HOFFMANN-RIEM, *Big data. Desafíos también para el Derecho*, trad. de E. Knörr Argote, Cívitas, Cizur Menor, 2018.

⁵⁵ Cfr. L.M. GONZÁLEZ DE LA GARZA, “La crisis de la democracia representativa. Nuevas relaciones políticas entre democracia, populismo virtual, poderes privados y tecnocracia en la era de la propaganda electoral cognitiva virtual, el microtargeting y el Big Data”, *Revista de Derecho Político*, No. 103, 2018, p. 257-302.

⁵⁶ Ya, J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, “La difesa della democrazia pluralista dinanzi alla paura e alla disinformazione”, trad. de G. Palombino, *MediaLaws: Rivista di diritto dei media*, 2/2021, p. 44-66.

democrático y profundo carácter jurídico-público en torno a los derechos fundamentales) han aguantado mejor que en el sistema constitucional norteamericano, como lo demuestra la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación a la cesión de datos personales a autoridades norteamericanas que habían sido recogidos por empresas en territorio de la Unión (asuntos *Schrems I y II*)⁵⁷; pero ello, advertimos, sin dejar de reconocer que la situación dista de ser *aprobática*, pues presenta importantes deficiencias. Si, por ejemplo, atendemos al propio Reglamento general de protección datos, y aun suponiendo hoy un hito en Derecho comparado al respecto, este sigue partiendo de la posibilidad misma de la recogida privada de datos a fin de su explotación económica directa o indirecta, sin perjuicio, eso sí, de que el sistema revista luego un alto nivel de protección jurídica de las personas (hoy, al amparo del art. 8 CDFUE). Y es que el objeto último de esta normativa, no se olvide, es garantizar un mercado europeo basado en la libre circulación de los datos personales (art. 1); y de ahí, precisamente, que el Reglamento viniera a sustituir a la anterior Directiva 95/46/CE (ya referida), para de esta forma garantizar, a su vez, un mismo estándar de protección a nivel de la Unión Europea y del mercado europeo frente a potenciales estándares jurídicos nacionales más intensos (garantistas) que pudiera limitar, sin embargo, dicho mercado común⁵⁸. O en esta línea, el borrador, en 2021, de Reglamento sobre Inteligencia Artificial preparado por la Comisión Europea⁵⁹, el cual, y a diferencia de las propuestas del Parlamento Europeo⁶⁰, supone una rebaja en las garantías con las que visar su utilización y comercialización; y es que, según parece, la dependencia digital puesta de manifiesto en Europa durante la pandemia (ante el señalado salto digital que se estaba produciendo), llevaría a regulaciones más laxas (aun con garantías) con las que reducir los costes de innovación, desarrollo informático y comercialización de la Inteligencia Artificial aquí. Y entre la protección de los datos personales y la Inteligencia Artificial, dada la necesaria disponibilidad de datos de alta calidad con la que alimentarla (precisamente), estaría una anterior propuesta para un

⁵⁷ Respectivamente, STJUE de 6 de octubre de 2015 (C-362/14), y STJUE de 23 de julio de 2020 (C-311/18); sobre estas, vid. S. RUIZ TARRÍAS, “La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto «Schrems II» o cómo los datos personales pueden terminar viajando sin equipaje”, *Revista Española de Derecho Europeo*, No. 76, 2020, p. 111-162.

⁵⁸ “Para garantizar un nivel uniforme y elevado de protección de las personas físicas y eliminar los obstáculos a la circulación de datos personales dentro de la Unión, el nivel de protección de los derechos y libertades de las personas físicas por lo que se refiere al tratamiento de dichos datos debe ser equivalente en todos los Estados miembros” (Considerando 10).

⁵⁹ Otra vez, Propuesta de Reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley De Inteligencia Artificial), de 21 de abril de 2021; sobre esta, COTINO HUESO et alii (2021).

⁶⁰ En particular, iniciativa legislativa 2020/2012(INL) “Marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas”, y aprobada por el Parlamento Europeo el 1 de octubre de 2020.

Reglamento sobre gobernanza de los datos en el ámbito europeo⁶¹, a fin de reforzar un mercado ágil y único de los datos personales mediante un régimen de aplicación directa de carácter obligatorio en toda la Unión, ante el riesgo de que regulaciones unilaterales de los Estados miembros pudieran fragmentarlo (nuevamente).

Ya en España, por último, tampoco nos libramos de cierta *distopía*, pues, y además de lo señalado para la Unión Europea (al integrarnos en esta) y las deficiencias que se advierten en la vigilancia digital aquí al respecto de la seguridad nacional (en especial ante su falta de regulación expresa, y provocando así una anomia que fomenta zonas grises para los derechos y las libertades)⁶², la comentada Carta de Derechos Digitales, y aun desde un afán asertivo (“en el sentido de revalidar y legitimar los principios, técnicas y políticas que, desde la cultura misma de los derechos fundamentales, deberían aplicarse en los entornos y espacios digitales presentes y futuros”), niega expresamente su normatividad, para quedarse en un mero plano de reconocimiento, referencia y reflexión (Consideraciones previas). Es decir, la Carta se adopta fuera del sistema de fuentes de Derecho, y por tanto sin fuerza jurídica alguna; lo más, que pueda considerarse como una manifestación más del *soft law* que hoy prospera. Pero es que los derechos y las libertades, entiendo, no pueden quedarse en tal ámbito *líquido* del Derecho, pues necesitan, como la historia ha demostrado, de construcciones normativas al más alto nivel jurídico (Constituciones y Tratados) a fin de limitar efectiva y jurídicamente a aquellos que ejercen poder (sea del tipo que sea); y así que el hecho de que tal documento político se presente con el nombre de “Carta”, cuando carece de normatividad, lejos de favorecer los derechos acaba por debilitarlos (por más que reconozcamos, claro, el interés del debate doctrinal y político abierto con ella). Por eso hablamos de *distopía constitucional* en estas páginas, no porque el Derecho Constitucional desconozca los graves riesgos del progreso digital, sino porque no los afronta, o lo hace con unos recursos y medios tan absolutamente insuficientes y precarios que termina por darles cobertura jurídica; sin duda, lo peor que se puede hacer.

V.- Consideraciones finales: la digitalización constitucional

⁶¹ De 25 de noviembre de 2020 [COM(2020) 767 final].

⁶² Vid. J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, *Inteligencia y seguridad como objeto constitucional: el CNI y la comunidad de inteligencia ante los nuevos retos de la sociedad del riesgo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019, en especial p. 423-426.

Un constitucionalismo que se predique como digital ha de afrontar de manera efectiva y jurídica los retos, en cuanto problemas y oportunidades, que plantea el desarrollo informático, y especialmente aquellos que afecten a derechos y libertades (con la dignidad de la persona como valor central) y a la propia Democracia (con el pluralismo político como eje de la misma); y no limitarse a reflexionar, sin más, sobre cómo lo digital viene repercutiendo en el Derecho Constitucional, mientras se añoran tiempos pasados (y supuestamente mejores). Para ello, además, se ha de comprender el alcance real de las transformaciones que supone y supondrá el desarrollo informático en la sociedad digital, como, por ejemplo, la televisión, su evolución digital y la aparición de Internet (según se advertía al comienzo de estas páginas) y nuevas formas de expresión e información en el⁶³; o la digitalización de servicios públicos y privados, y cómo ello ya está afectando a determinados colectivos sociales digitalmente vulnerables (*brecha digital*)⁶⁴; o tecnologías disruptivas como el blockchain, donde columnas tan clásicas del Estado como la moneda o la Administración se ven virtualizadas⁶⁵; o, por último, los cambios que está suponiendo la informática en la seguridad nacional al hilo de los riesgos, como a la hora de afrontarlos por unos Estados cada vez más dependientes de la tecnología⁶⁶. Pero a la par, que se haya de distinguir las cuestiones estrictamente tecnológicas de las otras; es el caso de las redes sociales y su explotación económica⁶⁷, y como alternativa (entonces) las llamadas *redes sociales libres*⁶⁸. Solo de esta forma, entendemos, se estará en disposición constitucional de atender *adecuadamente* los problemas y oportunidades que conlleva el progreso informático⁶⁹, y evitar quedarnos, asimismo, en una mera agregación de elementos

⁶³ De interés, A. AGUILAR CALAHORRO, “El derecho fundamental a la comunicación 40 años después de su constitucionalización: expresión, televisión e internet”, *Revista de Derecho Político*, No. 100, 2017, p. 405-439.

⁶⁴ P.e., C. SABATER FERNÁNDEZ y M.Á. DÍAZ CAMA, “Los tiempos del Covid-19 acentúan la brecha digital como brecha social en La Rioja”, AA.VV. *EduNovatic 2020. Conference Proceedings: 5th Virtual International Conference on Education, Innovation and ICT*, REDINE (Red de Investigación e Innovación Educativa), 2020, p. 1274-1280.

⁶⁵ N. PORXAS y M. CONEJERO, “Tecnología *blockchain*: funcionamiento, aplicaciones y retos jurídicos relacionados”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, No. 48, 2018, p. 24-36.

⁶⁶ Vid. nuevamente J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, *Inteligencia y seguridad como objeto constitucional... cit.*, pero ahora p. 72, 74, 75, 84, 140, 231 y 258.

⁶⁷ De interés, F. BALAGUER CALLEJÓN, “La Constitución en el tiempo de las redes sociales”, AA.VV. *La Constitución de los españoles: estudios en homenaje a Juan José Solozábal Echavarría*, Fundación Giménez Abad / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019, p. 165-176.

⁶⁸ Cfr. M. HERNÁNDEZ BOZA y A. MUÑOZ MUÑOZ, “Privacidad en redes sociales libres. Impacto en entornos corporativos”, AA.VV. *Actas de las Cuartas Jornadas Nacionales de Investigación en Ciberseguridad*, INCIBE / Mondragon Unibertsitatea, Mondragón, 2018, p. 137-144.

⁶⁹ Dado que comprensión e incorporación de la realidad en el entendimiento jurídico de la ordenación normativa del poder; cómo no, K. HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. de P. Cruz Villalón y M. Azpitarte Sánchez, Fundación Coloquio Jurídico Europeo / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 57 ss., y 77 ss.

digitales en un Derecho Constitucional genéticamente analógico; otra cosa es, claro, que tal cambio de paradigmas no pueda ser inmediato, dada la situación de transición digital que todavía vivimos, al igual que lo analógico, en tanto que genético en el constitucionalismo vigente (según acabamos de señalar), no vaya a desaparecer, de forma que, finalmente, dicho constitucionalismo digital resulte *adecuadamente* hibridado con lo físico (en mayor o menor grado).

Con todo, es que de *transición constitucional* quepa también hablarse, como concepción intermedia entre el actual constitucionalismo analógico y un futuro (y auténtico) constitucionalismo digital (aun híbrido), de forma que vayamos progresivamente decantando nuevas categorías jurídico-constitucionales según avanza el progreso digital, a la vez que desplazamos aquellas que ya no sirvan por no ser aplicables, ni puedan ser reacondicionadas, a los nuevos estadios digitales que se alcancen tanto por el simple desarrollo informático, como por decisión democrática (no se olvide) y en equidad con las generaciones futuras (conforme a la prospectiva que sobre lo digital se viene propugnando en estas páginas, y la expansión de este principio en Derecho comparado)⁷⁰.

Pero no podemos olvidar el carácter abstracto que supone el constitucionalismo, en cuanto que parámetro de la ordenación del poder como tal; ello no significa que el constitucionalismo sea total y absoluto, sino que la ordenación del poder que se propugna constitucionalmente en cada momento histórico sea conforme al alcance que sobre los propios derechos y las libertades también se tenga a nivel constitucional⁷¹, además de a la misma realidad (en sentido amplio) sobre la que aquel se proyecta. En tal sentido, el constitucionalismo digital no puede quedar restringido a lo digital (sin perjuicio, claro, que lo delimite en atención, precisamente, a la sociedad digital resultante, y del resto físico y analógico que persista en cada momento), sino que ha de abrirse, como poco (entendemos), al más genérico progreso tecnológico, a la globalización y a la protección del medio ambiente. En cuanto a lo primero, pudiéndose considerar hoy la informática como la manifestación tecnológica más importante (pues es esencial para el progreso de la ciencia, como de las demás tecnologías), no agota el fenómeno tecnológico (como la

⁷⁰ Sobre tal protección, vid. G. PALOMBINO, “La construcción del principio de equidad generacional: ¿hacia una democracia sostenible?”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, No. 33, 2020.

⁷¹ Y de este modo que, mientras el constitucionalismo antiguo realmente girara en torno a los privilegios, el constitucionalismo liberal optara ya por la protección de auténticos derechos, y el constitucionalismo contemporáneo alcanzar, finalmente, lo social. De interés, M. FIORAVANTI: *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, trad. de M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 1996.; *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, trad. de M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2001; y *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*, trad. de A. Mora Cañada y M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2014.

genética), ni monopoliza problemas que también afectan a la tecnología en general (como es su gobernanza y responsabilidad, por no olvidar su incidencia en la dignidad de la persona); así, el constitucionalismo digital ha de poder contemplar cuestiones de relevancia constitucional que plantee el progreso tecnológico en otras ramas, y ello, a su vez, desde cierta coherencia sistémica de postulados y principios.

Por otro lado, y al respecto de la globalización, tampoco puede olvidarse la estrecha relación que se da entre el progreso de esta y el desarrollo informático: tanto desde una perspectiva estrictamente tecnológica (pues este es el que ha dispuesto las vías de aquella), como económica (ya que ha sido el motor principal de una y de otra) y de su gobernanza (al alcanzar el progreso digital dicha dimensión mundial). Así, es que el constitucionalismo digital deba también asumir la globalización como parte de su objeto, en atención a su estrecha interrelación con lo digital. Y en esta línea de lo global, que además se encuentre la referida protección del medio ambiente; y no solo por considerarla como potencial causa de intensos conflictos en el futuro⁷², sino por la doble dimensión de lo digital al respecto, puesto que *causa e instrumento de lucha* del cambio climático (como *Green Data*)⁷³.

Finalmente es que la noción de constitucionalismo digital se nos presente, a lo más, como un concepto dinámico, prospectivo y complejo, pues ha de atender al propio carácter ágil del progreso informático, su potencial y abierta incidencia futura y su referencia a otras tecnologías, a la globalización y al medio ambiente; y todo ello, no se olvide, al respecto de la ordenación del poder, su origen, su ejercicio y sus límites, sea del tipo que sea y sus transformaciones por aquel. Ese es, precisamente, el objeto último del Derecho Constitucional, y ahí debe seguir centrado el constitucionalismo de la era digital que viene. Su singularidad, claro, sería lo digital y sus cambiantes repercusiones ante aquel y las personas, y los principios nuevos y viejos que han de ofrecer cohesión sistémica al mismo, al venir a removerse anteriores categorías jurídicas⁷⁴. Es por ejemplo el principio de neutralidad al respecto de Internet, en tanto que nueva garantía ante proveedores que

⁷² Cfr. G. PALOMBINO y J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, “La protección del medio ambiente en Europa ante la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 24 de marzo de 2021”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, No. 36, 2021.

⁷³ Commission Staff Working Document (Comisión Europea), “Digital Solutions for Zero Pollution”, Accompanying the document “Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Pathway to a Healthy Planet for All”, EU Action Plan: “Towards Zero Pollution for Air, Water and Soil”, COM(2021) 400 final - SWD(2021) 141 final, en https://ec.europa.eu/environment/pdf/zero-pollution-action-plan/swd-digital-solutions_en.pdf (02/02/2022).

⁷⁴ Desde tal perspectiva, y al respecto de un hipotético Derecho de los robots, vid. M. BARRIO ANDRÉS, “Del Derecho de Internet al Derecho los Robots”, AA.VV. *Derecho de los Robots*, La Ley, Madrid, 2018, p. 61-86.

ocupan una posición estratégica en la comunicación y en el espacio público, al ser árbitros en la participación de unos y otros, como de contenidos, en la red⁷⁵; o la aparición, ya clásica, de la libertad informática (y sus ulteriores desarrollos) frente a la mera protección de la privacidad digital, y en cuanto que auténtico derecho a disponer del uso de los propios datos personales ante su tratamiento informático por otros⁷⁶; o, por último, la misma construcción o decantación de conceptos jurídicos relativos a lo digital, como es el de la Inteligencia Artificial puesto que objeto de un Derecho que se edifica hoy en torno a los retos que supone precisamente ella⁷⁷. Pero también, por último, que la idea de un constitucionalismo digital nos acabe por resultar parcial, por cuanto que incapaz de alcanzar, por sí y de manera teleológica, la dimensión holística del poder, conforme a sus diversas expresiones y realidades. De ahí su debilidad como concepto total ante el poder, por más que en su regulación y limitación se atienda a las otras tecnologías, la globalización y el medio ambiente, pues estas no son cuestiones que vengan simplemente a complementar dicho constitucionalismo digital, al poder por sí mismas orientar concepciones constitucionales propias (así, y por qué no, un constitucionalismo tecnológico, un constitucionalismo de la globalización o un constitucionalismo medioambiental). Así que de constitucionalismo de la era digital, más que de constitucionalismo digital, debiéramos hablar.

⁷⁵ J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, “La neutralidad de Internet como objeto constitucional”, AA.VV. Retos jurídicos por la sociedad digital... *cit.*, pp. 233-267.

⁷⁶ P.e., A. RALLO LOMBARTE, “De la «libertad informática» a la constitucionalización de nuevos derechos digitales (1978-2018)”, *Revista de Derecho Político*, No. 100, 2017, p. 639-669.

⁷⁷ Así, la definición de IA ofrecida por la Comisión Europea, y en cuanto que base de la que partir para su ulterior regulación en Europa: “El término «inteligencia artificial» (IA) se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción —con cierto grado de autonomía— con el fin de alcanzar objetivos específicos. Los sistemas basados en la IA pueden consistir simplemente en un programa informático (p. ej. asistentes de voz, programas de análisis de imágenes, motores de búsqueda, sistemas de reconocimiento facial y de voz), pero la IA también puede estar incorporada en dispositivos de hardware (p. ej. robots avanzados, automóviles autónomos, drones o aplicaciones del internet de las cosas)”; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Inteligencia artificial para Europa, de 26 de junio de 2018, COM(2018) 237 final, p. 1. También, vid. Comisión Europea, Libro Blanco sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, 19 de febrero de 2020, COM(2020) 65 final, p. 20.