

VERSIÓN PREPRINT DE: Enrique Guillén López, “Definición y redefinición del constitucionalismo en la era digital”, en *La teoría constitucional frente a la transformación digital y las nuevas tecnologías*, Nuria Reche Tello, Rosario Tur Ausina (Dirs.) y Francisco Javier Sanjuán Andrés, Cristina Ortega Gim (Coords.), Aranzadi, Thomson, Reuters, Pamplona, 2022, ISBN 978-84-1124-177-9, pp. 97-117.

Definición y redefinición del constitucionalismo en la era digital*

Enrique Guillén López**

SUMARIO. 1. Introducción; 2. Constitucionalismo e involución; 3. La sociedad digital. Redes y sujetos digitales; 4. Violencia, paz, seguridad y Estado; 5. La propuesta: la ciudadanía; 6. Aproximación conclusiva

1. INTRODUCCIÓN

Vivimos en un mundo convulso. La forma de trabajar, de relacionarnos, de entretenernos no hubiera sido verosímil para los que nos dejaron hace dos décadas (solo dos décadas). El mapa del mundo se modifica a toda velocidad y apenas ha pasado un acontecimiento como la pandemia ya hay que modificar todo el arsenal de medidas para hacerle frente porque llega la guerra de Ucrania.

Este período, tan vertiginoso, tan revolucionario –adelantando un calificativo que solo el futuro podrá eventualmente conceder - está poniendo a prueba a las venerables construcciones constitucionales que han ejercido un liderazgo incontestado desde el final de la Segunda Guerra Mundial. Los valores y principios que estas encarnaban -la quintaesencia de las Constituciones como marco de convivencia (Häberle, 2016)- están sometidos a presiones inauditas. Libertad, igualdad, pluralismo dignidad, principio democrático, estado social, principio representativo, autonomía personal y grupal, seguridad, principio de responsabilidad, libertad de expresión... se declinan ocasionalmente asumiendo unas acepciones que solo con gran esfuerzo serían reconocibles para quienes hace muy poco fueron sus principales adalides.

La doctrina constitucional resulta así inmediatamente emplazada a discurrir, a contribuir trazando un marco teórico que nos permita entender la realidad actual y auspiciar el futuro próximo desde esa perspectiva cuyas señas de identidad siguen siendo el control del poder y la garantía de los derechos de las personas (Art. 16 DDHC).

* Este trabajo se incardina en el Proyecto de Investigación PID2019-106118GB-I00 “La configuración del espacio público en las redes sociales y su incidencia sobre la democracia pluralista y la Constitución”

** Departamento de Derecho constitucional de la Universidad de Granada. Investigador Garante de la Unidad de Excelencia: Sociedad digital: Seguridad y Protección de Derechos (SD2). Investigador Asociado Senior de la Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico. enriqueg@ugr.es

Se trata de un imperativo insoslayable, que constituye algo así como el juramento hipocrático bajo el que los sanitarios han actuado durante la pandemia para asegurar nuestra vida; sin saber del todo, sin poder prever el futuro más inmediato... La doctrina constitucional ha de aprender a encarar un futuro muy impredecible. En efecto, ¿cómo será el mundo a ordenar por principios, valores y reglas? ¿Contra qué realidad lucharán –puesto que los valores como constructos jurídicos parten de la necesidad de constreñir el ser al deber ser? ¿Podremos decir, por ejemplo, que la muerte seguirá marcando la experiencia humana como ha venido haciéndolo desde que se tiene noticia del ser humano? (Arendt, 2021: 89) Si, tal y como se plantea ya por algunos visionarios, la red permitiera alojar todas nuestras experiencias, nuestros recuerdos, permitiendo al cabo la ilusión de continuidad ¿qué sentido le daremos al valor vida, que como tal es definido por el Tribunal constitucional en la sentencia 53/1985? ¿Qué relación cabrá establecer entre la mayor longevidad y los valores jurídicos? ¿Cómo entenderemos la reproducción, el amor? ¿Qué valores, qué principios, queremos para esta era? Cuando nuestro cuerpo sea moldeable y reversible a discreción para adecuarse a unas identidades cambiantes, ¿qué juego tendrá la igualdad? Ya de hecho estamos en este debate, completamente desconcertados en una lucha entre perspectivas sedicentemente emancipatorias que se acusan unas a otras de frustrar sus derechos.

El futuro, pues, nos queda lejos; a una distancia que solo podemos imaginar pensando en que solo en los diez primeros años del siglo XXI ha habido más descubrimientos científicos que en toda la centuria anterior (Balaguer, 2018). Esto es extraordinariamente importante porque nos permite encarar de una manera distinta algunas de las clásicas cuestiones constitucionales relativas al tiempo. En especial, el dilema Jefferson/Madison sobre si cada generación debería tener su propia Constitución podría resolverse de forma positiva (la de Jefferson y Paine, Fernández Sarasola, 2019) apoyándose en que las condiciones de vida cambiarán radicalmente en 20 años y la norma fundamental quedaría obsoleta. Pero de otro lado cabría decir que en un estado de tan incesante incertidumbre es, sin embargo, del todo imprescindible insistir en la continuidad del proyecto social consensuado que representa la Constitución. En un escenario mudable (que afectará a las magnitudes esenciales de la vida humana tal y como hemos indicado anteriormente) una vinculación estable (todo lo estable que se pueda) del valor dignidad (Chueca, 2015) con unos concretos derechos que “le son inherentes” (art. 10.1 CE) puede apreciarse como útil frente a un adanismo del que siempre cabe esperar poco y menos aún cuando los acontecimientos van muy por delante de la reflexión teórica.

No cabe duda, pues, de que la incertidumbre es un condicionante de la reflexión pero nunca debe servir como causa suficiente para la inacción. El Congreso que incitó a estas reflexiones nos muestra el camino correcto. Pasamos, pues, ya sin más dilación a emprender este viaje intentando que no me pueda el espíritu melancólico al que nos inclinamos todas las personas que se inscriben en una generación que tuvo la suerte de reconocerse más en la esperanza que en el miedo.

2. CONSTITUCIONALISMO E INVOLUCIÓN

Comencemos por advertir, pues, que no hay ninguna teoría constitucional que se pueda plantear como plausible que no tenga como referencia de partida la conformación real de las cosas. Y anticipo ya que entiendo que estamos en un momento que en la sociedad

están asentadas dinámicas que ponen en una nueva y seria dificultad al proyecto constitucional. La que ya podemos llamar sin más preámbulos sociedad digital está volviendo a poner en su dimensión más problemática la separación entre el conjunto de reglas que realmente son operativas para la configuración esencial de las relaciones personales e institucionales (constitución material) y las que aparecen negro sobre blanco en los textos constitucionales (constitución formal). Así las cosas, los valores del constitucionalismo no solo no se encuentran en una situación óptima sino que necesitan de enfoques capaces de afirmar su resistencia. De otro modo las constituciones que los afirman corren el riesgo de ser hojas de papel (Lassalle, 2004), de volver de hecho a la categoría que ocupaban durante el siglo XIX, superadas constantemente por una realidad que no sabían ordenar. Sabemos bien a lo que nos referimos los que tenemos que explicar en clase el artículo 18 CE (intimidad y propia imagen y secreto de las comunicaciones, en especial) en tiempos de vigilancias públicas y privadas que no dejan rastro.

Es este, pues, un nuevo momento definitorio para el constitucionalismo (preconstituyente, lo ha denominado con justeza Aguilar, 2022); uno más en una compleja historia en la que siempre tuvo que bregar con enemigos de fuste. Ahora nos encontramos con que de nuevo se rearmen los proyectos irracionistas, los antiilustrados, lo que nunca han dejado de ser refractarios a los valores y principios que encarnaban las Constituciones. No se debe desconocer este hecho ni soslayar que se trata de un pensamiento contantemente vivo; una llama perenne entre momentos de pérdida de fuelle y exuberantes episodios de expansión creativa. Piénsese, por ejemplo, en como Sorel, según nos explica en un Prefacio iluminador I. Berlin a su obra de referencia, podía negarle el pan y la sal a la Enciclopedia al indicar que “no incrementó los conocimientos ni la capacidad técnica de nadie” (Berlin, 2016: 21). Cuando esta radical impugnación recupera actualidad quienes la sostienen creen llegada la oportunidad para establecer nuevas reglas, para revertir de manera prácticamente revolucionaria un estado de cosas que con todo ha venido acreditando algo así como una verdad histórica. Berlin lo testimoniaba de la siguiente manera: “La izquierda progresista que en el siglo XIX creía en la ciencia y en el control racional de la naturaleza y de la vida social e individual, basando en esta creencia contra la tradición, el prejuicio, el esteticismo, el clericalismo, las místicas conservadoras o nacionalistas, contra todo aquello, en fin, que no pudiera defenderse mediante argumentos racionales, es la corriente que, en cierta medida, ha triunfado” (Berlin, 2016: 61)

Ciertamente no es poca tarea desmontar un consenso como el que se abre con la fórmula del Estado social que se articula en la Europa democrática tras el fin de la Segunda Guerra Mundial pero no están en su mejor momento los principios que le servían de base y hay muy serios motivos de preocupación.

De este modo me interesa destacar, por tanto, que a la doctrina le toca mantenerse fuerte en sus convicciones, fuerza que será impostada si el esfuerzo dogmático no se acentúa para afrontar los nuevos retos; si no se emprende la descomunal tarea de despejar algunas de las múltiples fuentes de incertidumbre para proceder a racionalizarlas con parámetros constitucionales actualizados. En efecto, de nada sirve limitarse a una defensa lastimera de las categorías del Estado social que se alumbraron al hilo fundamentalmente de la LFB porque sería dejar el campo abonado a quienes prefieren que las cosas pasen antes de poder ser pensadas (y por tanto mantenidos bajo control sus efectos negativos). La obligación del intérprete constitucional es, pues, estar alerta

descartando esa tentación por la pureza que consuela al que presenta una enmienda a la totalidad abocada al fracaso. En este sentido es completamente pertinente ponerse en guardia ante el ejemplo de las batallas en las que se vio sumido el pensamiento durante el período de entreguerras. Es muy notoria la dificultad que tuvo el que representaba una línea de continuidad con el modelo ilustrado (por ejemplo, Cassirer) y como fue superado por nuevas corrientes briosas, brillantes en su capacidad de postular un acercamiento radical a la realidad (Heidegger) que descartaba por burguesas y acomodaticias las teorías que todavía querían anclar el mundo que se estaba deshaciendo ante sus ojos (Eilenberger, 2019).

Este debate asume un perfil constitucional propio que nos pone sobre aviso de peligros nunca del todo salvados. Pensemos en ese exponente de la radicalidad, de recibir con honores a la visceralidad, que fue C. Schmitt que con un empuje y vitalidad arrolladoras puso a los pies de los caballos todos los principios que habían cimentado las estructuras jurídico-políticas vigentes. La publicidad, la discusión, la representación, el pluralismo (Schmitt, 1990), la razón, la justicia constitucional (Schmitt 1998), la democracia (Schmitt, 2011) o el mismo razonamiento jurídico (Schmitt, 1996) corrieron la misma – mala- suerte sometidos a una técnica tan tosca como eficaz. Consistía en poner frente a la imagen idealizada de la discusión de la cosmovisión burguesa, por ejemplo, la versión depravada de la misma que abundaba en el parlamentarismo de la época. Es notoria su habilidad en este campo y la enorme inteligencia con la que mostró todas las debilidades de lo conocido. El problema era, sin duda, que lejos de intentar reducir la distancia entre la imagen modélica y la imperfecta realidad se propuso prescindir de la primera. En efecto, el dilema que se abre a cualquiera que advierte que los principios no se observan es bien prescindir de ellos bien buscar la manera para que consigan imponerse. Estas dinámicas juegan perfectamente dentro del ámbito jurídico-político, en el que tan habituales son las ficciones (Morgan, 1988). C. Schmitt prescinde de ellas y al hacerlo nos lleva a lo desconocido, a lo imprevisto, al abismo. Una audacia que abre el paso a un cuestionamiento radical para el que ya no hay presupuestos intangibles. Es posible, entonces, hablar de la política como la lucha entre el amigo y el enemigo (Schmitt, 1999) o determinar la posición de los poderes a partir del hecho fáctico de la imposibilidad de control cuando el derecho quiebra (“Soberano es el que decide sobre el estado de excepción”, Schmitt, 2009). En sus dos célebres pasajes Schmitt convertía a la violencia en un elemento clave de toda su teoría y le aportaba -con las pretensiones de la ciencia jurídica- nuevos apoyos que se sumaban a los que desde la política teórica (Sorel), la literatura (Jünger), la filosofía (Heidegger) o el arte (surrealismo, futurismo, vanguardias en general, por más que luego fueran consideradas exponentes de la degeneración) franquearon el paso a los totalitarismos. Una impresionante descripción del carácter palpable de la violencia, por ejemplo, del fascismo italiano puede leerse en las miles de páginas, solo por esta circunstancia impugnatorias de la velocidad –enseña también del futurismo- de nuestro tiempo de Scurati (2020).

Este resumido recorrido me permite alertar de algunas de las estrategias formales y materiales de las que se sirven los movimientos involucionistas, que vuelven a estar especialmente activos cuando hay una revolución en marcha. La legitimación de la violencia, en especial, es una de las formas predilectas para hacer claudicar a los modelos constitucionales. Por ello hay que estar muy atentos para detectar los contextos en los que la violencia puede surgir o puede recibir cualquier tipo de legitimación. El concepto de violencia, como veremos posteriormente, vuelve a ser una cuestión crucial para el análisis de los sistemas políticos y jurídicos. Y la premisa constitucional será

siempre la de descartar cuantos postulados alberguen el sueño de llegar a la unidad a través de la eliminación del pluralismo y proveer de recursos intelectuales para controlar los entornos mediáticos que se benefician de ella. El primer valor pues para el constitucionalismo hoy y siempre es la resolución pacífica de los conflictos.

Pero hemos de pasar ya sin más demora explicar las razones por las que es perentorio que el constitucionalismo aborde los retos que la sociedad digital supone para sus planteamientos, la forma concreta en la que se compromete, a mi juicio, la observancia de sus principios. Debo, en fin, dar una forma más concreta a la preocupación acerca de la violencia con la que concluía el apartado anterior.

Para ello voy a intentar argumentar en torno a lo que supone la era digital, desde sus comienzos a su conformación actual deteniéndome en particular en los puntos de inflexión que la convierten en algo completamente diferente de la sociedad de consumo que la precedió. Pretendo, en particular, mostrar alguna de sus profundas repercusiones constitucionales albergando la esperanza de que queden suficientemente justificadas —y no como el producto de un espíritu melancólico— mis recurrentes prevenciones.

3. LA SOCIEDAD DIGITAL. REDES Y SUJETOS DIGITALES.

¿Cuándo comienza la era digital? O más precisamente, ¿cuándo podemos decir que se ha producido un cambio de paradigma? ¿Es la generalización del uso de internet causa necesaria y suficiente de la transformación de la sociedad del consumo en la sociedad digital?

A mi juicio, no. El proyecto que encarnaban las nuevas tecnologías en su primera etapa no era sino una continuación más perfecta del sueño de la Ilustración; se trataba de poner el conocimiento al alcance de todo el mundo. La Enciclopedia pasaba a ser la Wikipedia. Las nuevas tecnologías insistían en el sueño de las bibliotecas, de la cultura; llegaban a albergar unas posibilidades emancipadoras que cautivaban a quienes habían visto como los medios de comunicación de masas (singularmente las televisiones, sobre todo a partir del momento en que irrumpen las privadas) anulaban el entendimiento y el juicio crítico de la ciudadanía. Era imaginable que Internet lograra la reversión de algunos de los males asociados a la llamada sociedad del consumo (superficial, individualista, hedonista) y llevara a toda la población el conocimiento, el arte, la cultura, la ciencia. Los valores de esta era digital “entonces posible” eran los mismos que los que proponía el constitucionalismo social posterior a la Segunda Guerra Mundial: un orden social justo para que ciudadanos y ciudadanas (una categoría unitaria de ciudadanía en la que a través del conocimiento quedarán soslayados y superados obstáculos de acceso) fueran creciendo económica y culturalmente.

El proyecto que parecía alcanzable era el de la conquista real de la indivisibilidad teórica de todos los derechos y libertades. La fase que se inauguraba no dejaba de ser, entonces la culminación del espíritu de la constitución de Weimar que Lucas Verdú (1987: 28) consideró: “el microcosmos cultural del Derecho Constitucional Occidental Europeo que todavía nos inspira”: derechos y libertades clásicas, derechos de participación, derechos sociales y culturales en una dinámica de progreso constante que no deja a nadie en la cuneta gracias a la categoría general de la igualdad (y la correspondiente prohibición de no discriminación) y en especial a quienes están en una situación más frágil: mujeres, niños, jóvenes, discapacitados, mayores. Internet

constituye la clave de todo este entramado porque finalmente el acceso a la cultura y a los resultados de la investigación científica y técnica se habría hecho posible (parafraseando los términos del artículo 44 CE). El horizonte utópico que no pudo ser y no fue, descansaba por fin en un ciudadano libre e igual; trabajador, consumidor responsable (no alienado), y disfrutón (en la vida privada y en la pública). La vida social podría ser, al cabo, la de las ocho horas de trabajo, ocho horas de sueño y ocho horas de ocio. La violencia así quedaría circunscrita a aquellas pulsiones que siempre existen en algunos ejemplares del género humano. Ese panorama se parece bastante a lo que sin duda entendían por democracia avanzada los redactores del preámbulo de la CE de 1978 y hubiera supuesto el triunfo del modelo de derechos perfectamente representado por el PIDCP más el PIDSC; y en ámbito regional europeo por el CEDH más la CSE.

¿Cuándo se frustró ese enorme proyecto que ponía los sueños del constitucionalismo al alcance de la mano?

Probablemente podemos establecer tres momentos: el 11-S, la crisis económica de 2008 y la crisis sanitaria del COVID-19.

Por lo que se refiere al primero hay que decir que los atentados contra las Torres Gemelas llevaron a los EEUU -y de resultas al resto de los estados democráticos- a requerir la colaboración de los ya gigantes de la comunicación (especialmente Google) para mantener la seguridad tras el clamoroso fracaso de sus sistemas de control. Para analizar los riesgos se establecen entonces unas sinergias entre el sector público y el privado en las que este último no desaprovecha la oportunidad de asumir una posición dominante (tanto en términos económicos, en especial generando nuevas oportunidades de negocio utilizando como fuente datos conductuales de los usuarios de internet; como en puros términos de poder, situándose realmente fuera de control). Google es ya un monopolio que los estados necesitan para mantener el monopolio de la violencia legítima. Para superar su debilidad, los estados, en fin, recurren a quienes van a resistirse con todas sus fuerzas a dejarse doblegar.

La crisis económica que comienza en 2008 tiene múltiples consecuencias pero en lo que a nosotros más nos afecta podemos decir que implica un golpe a la línea de flotación a la que había sido la categoría que más capacidad ha demostrado a lo largo de la historia de mantener los conflictos sociales bajo control: la clase media. De esta manera resulta afectada la estrategia de producción-venta masiva dado que la pérdida de poder adquisitivo rebaja claramente las posibilidades de compra. Ya no todo el mundo es un potencial consumidor del mismo producto lo que lleva a buscar cauces para personalizar la publicidad. Se pierde, por tanto, la unidad sustancial -y sobre todo tendencial- de la noción de consumidor. De otro lado, el Estado vuelve a sufrir un ataque tanto por los ciudadanos (que cada vez lo son menos, atentos solo a su mera subsistencia económica) que observan como no es capaz de proveer a su libertad y seguridad (no digamos ya a su felicidad como prometían los textos constitucionales pioneros, McMahon, 2006) como por los organismos internacionales que, de un lado, juzgan inadecuadas las políticas económicas de los gobiernos incumplidores; y de otro, y de forma implacable, consiguen situarse en una situación asimétrica respecto de los Estados, de hecho y lo que es peor, de derecho.

Es muy relevante que el rescate de los estados asediados por la deuda se lleva a cabo por los organismos internacionales (la llamada troika) constituyéndose en acreedores a

través de sistemas de derecho privado (MEDE). Además tenemos que tener cuenta que es la propia lógica estatal (al menos la de algunos estados), la política, en definitiva, la que resulta cuestionada cuando se utiliza para prescribir las soluciones a la crisis el parámetro de una supuesta ciencia económica que postula la austeridad. Es el momento de la tecnocracia que supone una impugnación de la política (de los partidos, en particular), del gobierno y, en definitiva, del Estado como espacio sin el que estos conceptos no tienen sentido. Ciertamente está bien explicada esta “destrucción creativa” por utilizar una socorrida expresión de Schumpeter también a través del concepto de poder desconstituyente que caracteriza, atento a la realidad de las cosas, el profesor Carlos de Cabo (2013: 390). La crisis económica, en definitiva, reestructura categorías (Estado, público, política, trabajo, clase media) generando algunas de las dinámicas que arraigan mejor en la sociedad digital para desconsuelo del proyecto constitucional. El populismo, sin duda, es una de las más determinantes.

La crisis sanitaria, epítome de todas las anteriores (Balaguer, 2021b), ha supuesto el impulso definitivo a la sociedad digital ya que solo a través de internet se ha podido sostener la humanidad. Ni los sistemas económicos, políticos, jurídicos, sociales; nada de lo estatal, nada de lo social hubiera podido mantenerse si no es a través de una hiperconectividad que certifica ya –entiendo- el cambio de era. Cómo en todo proceso abrupto se ha producido una serie de transformaciones del estado de cosas en la práctica totalidad de los ámbitos. Con esta constatación hemos comenzado el trabajo.

Y es entonces cuando se aprecia nuevamente -y por si los episodios de Cambridge Analytica, el Brexit, las elecciones presidenciales brasileñas, el proceso secesionista catalán no hubieran sido suficientemente clarificadores (Balaguer, 2019a, 2019b)- la cara más disruptiva de la llamada sociedad digital; la capacidad de generar lo que normativamente se definió como “estrés social”¹, que viene a ser la declaración por parte de los poderes públicos de que durante la pandemia se ha vivido un clima de conflictividad bastante intenso capaz de crear una situación de inestabilidad -e incluso de peligro- tanto para valores constitucionales (pensemos, por ejemplo, en la salud, en jaque con la llamada Infodemia por la OMS) como, en su caso, para la preservación del mismo edificio constitucional (la vinculación entre desinformación y seguridad es muy clara, Guillén, 2021). Esta situación no puede atribuirse únicamente al crucial hecho de que el Covid-19 nos ha colocado –en especial a Occidente- ante el riesgo inaudito pero cierto de la pérdida de la vida propia o la de nuestros familiares y amigos más queridos, sino a que precisamente hemos dependido de las plataformas para interactuar con el entorno, ya sea para producir, informarnos, divertirnos o, simplemente, relacionarnos. El desarrollo de la personalidad -que en los términos del artículo 10.1 CE, ha de ser

¹ Concepto que aparece en la normativa que desarrolla la función de las FCSE en desarrollo del Decreto que desarrolla el Estado de alarma. Orden INT/226/2020, de 15 de marzo, por la que se establecen criterios de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en relación con el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 que señala: “Cuarto. 8. (...)Por parte de los Cuerpos policiales actuantes y los centros competentes de la Secretaría de Estado de Seguridad se impartirán directrices para prevenir y minimizar los efectos de la desinformación, extremándose la vigilancia y monitorización de las redes y páginas web en las que se difundan mensajes e informaciones falsas orientadas a incrementar el estrés social, e instando en su caso las medidas de intervención previstas en la legislación aplicable. De la activación de los planes y dispositivos correspondientes, así como de sus resultados e incidencias, se informará a la Secretaría de Estado de Seguridad conforme a lo previsto en el apartado primero, letra b) de la instrucción sexta, sin perjuicio de las comunicaciones que se deban mantener a nivel territorial”.

libre- se ha hecho viable gracias a las redes. Cuando la atmósfera se ha hecho irrespirable las redes han estado ahí. La cuestión es si son un mero termómetro, un amplificador o un auténtico cooperador necesario de ese clima desencadenante de “estrés social”.

Cobra, entonces, todo el protagonismo la cuestión de las redes sociales que junto con la IA, son la esencia de la sociedad digital y, por tanto, la cuestión esencial de discusión para el constitucionalismo contemporáneo porque resulta ser un nodo que vincula poder/ formas del poder/ centros de poder y sujetos del poder.

3.1. Redes sociales

Se abre sí a la especulación la respuesta a qué es realmente atribuible a las redes. En este sentido, y según una aproximación formal, las redes serían un mero instrumento que en nada condicionarán los contenidos que circulan por las mismas. Desde este punto de vista, la conflictividad, la desatada proliferación de discursos de odio o la infodemia, estarían ya presentes en la sociedad y en ningún caso deberían ser imputadas al mensajero. Sin embargo, tanto investigaciones científicas como procedimientos políticos de depuración de responsabilidades -en el caso de Facebook/Cambridge Analytica, por ejemplo- han mostrado una implicación directa de las empresas que controlan las plataformas en la creación de estados de opinión que ponen en peligro bienes constitucionales. Ciertamente se puede sostener ahora de manera plena la profética afirmación de Macluhan (1998) de que el medio -hoy las redes- son el mensaje; de que éste es completamente condicionado por el vehículo. El maridaje entre la persona y la técnica, un tema clásico, se declina hoy teniendo como segundo elemento del binomio las tecnologías de la información y de la comunicación. Así las cosas, con los medios tradicionales (radio y sobre todo, tv) podía aun contestarse a Macluhan como lo hacía, por ejemplo, Octavio Paz (2009: 167) al señalar que “los medios de comunicación –radio, televisión- no tienen contenido, están siempre vacíos: son conductos transmisores, canales por donde fluyen los signos”. Pero hoy me parece difícilmente cuestionable la afirmación según la cual las nuevas plataformas han generalizado la capacidad de emitir mensajes con alcance universal (lo que por definición supone la prevalencia del discurso poco informado y con ello la erosión del periodismo tradicional, fundamental para el concepto de opinión pública)², marcando la forma (el límite de caracteres de twitter; las características del formato) y el fondo. Este, en particular, resulta condicionado de manera evidente por el desprecio de los sistemas algorítmicos por las demostraciones de escepticismo; antes bien hacen prevalecer lo que es taxativo, molesto, maleducado o agresivo (apreciado por su capacidad de generar likes o dislikes, auténticas minas para completar los clichés de los usuarios).

De esta manera si los periódicos, como indicaba Alain, se dirigían a un público “que espera que alguien le diga lo que piensa, pero mejor que él lo haría” (Alain, 2016: 158) en las redes la esperanza más generalizada es que alguien diga lo que uno no se atreve a

² Podría ser interesante diferenciar las implicaciones de la universalidad del sufragio (que supone que todo el mundo puede expresar su preferencia por un representante en un contexto que ha sido normativamente diseñado por las leyes electorales para que se pueda apreciar la diversidad de opiniones sobre la manera de gestionar lo público) de la expresión de opiniones con carácter universal, cuyo resultado es que los canales comunicativos se inundan de sentimientos, exabruptos, voluntades, emociones... La primera es una de las claves de la democracia; la segunda uno de sus mayores peligros.

decir y luego jalearlo y compartirlo con un grupo que cada vez tiene menos en común con los antagonistas. La antaño compacta opinión pública se dispersa así en un conjunto de burbujas que en la pandemia han ido reagrupándose en torno a dos fundamentales sin posibilidad de interaccionar: la integrada por los que aun confían en el completo circuito que generaba y distribuía el saber y el poder, articulado en torno al vector científico y político –representativo clásico-; y la compuesta por quienes –en su versión más extrema- no se creen nada; por los nihilistas o por quienes incluso desde el mismo poder utilizan la carencia, la menesterosidad de las personas, para alcanzar el gobierno sin freno con la retórica de la resistencia numantina contra presuntos “sistemas” (cfr. el populismo de Bolsonaro o Trump). En el último lustro se advierte que la información es cada vez más difícil de obtener y lo peor es que nos estamos acostumbrando a vivir a ciegas. El pensamiento ilustrado siempre descansó en la información y consideró la ignorancia como uno de los desencadenantes de la violencia (Cotta, 2001: 843). Cobra así todo su significado el asalto al Capitolio, cuyo icono es un sujeto ataviado con una gran cornamenta. A las flaquezas de la razón suceden los vigores de la violencia y hay que tener en cuenta que hay toda una corriente de pensamiento que no ha ahorrado prendas a la hora de atribuirle posibilidades redentoras...

3.2. Sujetos digitales

Las redes son un espacio (no físico); un entorno, en la jerga informática, que existe gracias a quienes lo pueblan. Esto nos lleva a la pregunta por el sujeto y su relación con los modelos jurídico-políticos.

En efecto, las personas y el conjunto de relaciones esenciales que mantienen con su contexto siempre han constituido la clave de la que los intérpretes se han servido para caracterizar una época. La Edad Media partía de las categorías de súbdito y señor y los vínculos de obediencia y obligación de protección recíproca que los unían; la Modernidad se anclaba en la dualidad Rey/Reino y en el espacio de poder creciente atribuido al burgués; en la sociedad industrial eran las relaciones de trabajo las que permitían distinguir entre propietarios de los medios de producción y proletariado; y en la sociedad del consumo, la figura de síntesis, la que expresaba la voluntad de terminar con los conflictos a través de su integración en una clase media cada vez más expansiva (el sueño de la sociedad sin clases), era el comprador de productos fabricados en masa (el fordismo). Cada era, por tanto, ha construido sus valores y principios en función de un sujeto, diferenciándose por tanto según la referencia fuera “el” burgués, “el” proletario, o “el” consumidor (siempre en forma masculina, por supuesto). No descuidemos que solo hay probablemente una época caracterizada por el rechazo sistémico del sujeto; la más aberrante, la de los totalitarismos, en la que la calidad individual de los elegidos y los destinados a la extinción (física o política) se determinaban por la pertenencia a colectivos (Rutgers, 2016. Especialmente espeluznante por lo que se refiere a Schmitt, p. 93). El sujeto de estas épocas es el soldado, el menos sujeto de todos los sujetos.

Los textos constitucionales han de reflejar lo más exactamente posible las formas de producción y distribución de la riqueza y no solo en las partes correspondientes a economía y hacienda. Tras el tejido de toda norma fundamental hay un discurso, en el fondo valorativo (el Estado social), sobre la generación de riqueza que hace de los implicados en el proceso los sujetos en torno a los cuales orbita el sistema. Pensemos, por ejemplo, en el trabajo y el consumo y en quien trabaja y quien consume.

Ejemplos del trabajador como la clave de bóveda de un ordenamiento constitucional son el artículo 1 de la Constitución republicana de 1931 que señalaba, como es conocido: “España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y de Justicia” y la que en el marco consensuado de la postguerra trataba el conflicto subyacente sin excluir del consenso constitucional a quienes no integraban a la clase trabajadora: “Italia es una República democrática fundada en el trabajo” (Artículo 1 CI).

El consumo y, en especial el consumidor, apareció posteriormente más como categoría sociológica que jurídico-constitucional. Efectivamente, el consumidor es un concepto que se ajustaba como un guante para explicar la realidad de los llamados los 30 felices (Judt, 2005); una noción a la que costaba trabajo encontrar los fáciles antagonismos que permitía el constructo “proletariado”, por ejemplo. Solo con sofisticación el consumidor, en tanto que persona centrada en la satisfacción de pasiones e intereses puramente individuales, progresivamente desentendido de la esfera pública, pudo ser enfrentado al ciudadano en cuanto ser político (Macpherson, 1982). Sea como fuere y seguramente por la dificultad (o la conveniencia) de encontrar un fundamento político enteramente salvable, el consumidor no llega a tener esa posición tan determinante en los textos constitucionales de la segunda mitad del siglo pasado (Aguilar, 2016). La constitución española se dirige a la sociedad de consumo en el lenguaje de la sociedad industrial, trabajadores y ciudadanos³.

Si este planteamiento está en lo cierto podría decirse que la sociedad del consumo planteaba, entonces, ya un déficit de constitucionalización en el sentido de que las alusiones en las normas fundamentales al sujeto protagonista del sistema productivo eran laterales⁴. Pareciera que era un trabajador que consumía cuando lo cierto es que es un consumidor que trabaja y cada vez participa menos. Un hándicap para la normatividad de la Constitución que ve como revientan sus costuras.

Pero una nueva transformación se produce en este consumidor cuando internet se afirma como instrumento imprescindible de las relaciones sociales. El usuario de las aplicaciones se relaciona con el mundo, conoce, se divierte, de un modo inaudito lo que implica un cambio de intereses y necesidades; nuevos derechos y nuevas acepciones de viejos derechos que van a tensionar el modelo tal y como ha venido ocurriendo cuando los derechos de cada generación cuestionaron los de las anteriores.

Y este nuevo sujeto asiste, de forma paralela, a una reconfiguración de los espacios de poder. La globalización ya iniciada a finales del siglo XX recibe un gran impulso con la

³ Una salvedad muy importante hay que hacer para señalar que el derecho de la UE sí que ha asumido con radicalidad que el consumidor era el auténtico eje del sistema. Así pueden verse en la concepción de las cuatro libertades, la construcción del mercado único y en el esfuerzo liberalizador de los mercados de servicios (el paso de los servicios públicos a los servicios de interés general). “Sólo han sido aquellos que se han dicho “consumidores” y no “ciudadanos europeos” los que han logrado unas briznas de protección supranacional” (Menéndez, 2017: 48)

⁴ Pensemos, por ejemplo, en la CE; el sujeto en su privacidad, protegido en su capacidad de acción individual y colectiva, liberado de los poderes arbitrarios; el ciudadano; el trabajador...; esos son los modelos y al consumidor hay que subsumirlo en uno de ellos. Poco más que episódico es el papel representado por el artículo 51.

transformación de las comunicaciones y los poderes que se convierten en predominantes aceleran el declive del Estado. El instrumento que había visto surgir al burgués y al trabajador, que se había desvaído con la excusa de proteger a los consumidores, parece terminar su aventura ante el empuje de unas compañías a las que no puede exigir responsabilidades por la doble circunstancia de su gigantesco tamaño y la rapidez de movimientos que le es propia y que siempre deja un paso por detrás a la respuesta que se puede articular con el ejercicio de potestades públicas (Zuboff, 2020). Así las cosas, si las magnitudes, vida, identidad e igualdad sufren cambios revolucionarios y el Estado como estructura que presenta el marco que ha permitido el desarrollo de sus posibilidades se desmaya, puede abrirse un peligroso abismo para los valores que hemos venido sosteniendo como colectividad. De aquí se puede concluir que el texto constitucional, cuya principal misión es proveer a las sociedades de principios que propicien la convivencia pacífica, ha de centrar la atención de inmediato en el ser en su dimensión digital. Es ciertamente complejo porque se trata de pensar desde el territorio en un agente de un entorno sin fronteras pero o se aborda de manera inmediata ese perentorio desafío o las carencias de normatividad serán cada vez más flagrantes.

Propongo, pues, que las constituciones reparen en el papel determinante del sujeto/objeto de las redes para deducir de aquí la necesidad de regular los elementos fundamentales de su funcionamiento. Hay que dar un sentido constitucional a internet para que esa tensión que ya se apreciaba entre consumidor y ciudadano no se haga más insostenible y las identidades digitales se integren en la ciudadanía. Adviértase que de alguna suerte una preocupación similar es la que se aprecia tras el artículo 20.3 de la constitución.

Pero al reparar en el sujeto se nos abren otras cuestiones muy problemáticas. Me permito plantear aquí una digresión para atribuir la relevancia debida a la modificación sufrida por algunos valores y principios en esta nueva era. Pensemos, por ejemplo, en la reconsideración a la que se puede ver sometida el valor “autonomía”, una de las cualidades que adornaban al sujeto, al menos desde la modernidad (en relación directa con la entronización de la Razón). En efecto, ya no es el punto de partida para atribuir la titularidad de los derechos fundamentales como lo fue en los momentos iniciáticos de su definición (Macpherson, 2005: 131). Hoy, por el contrario, la autonomía ya no es una condición sine qua non, no es un valor con el mismo contenido, desmontándose así toda una corriente, de estirpe fundamentalmente filosófica, que sublimaba el pensamiento. Repárese, por ejemplo, en lo que apunta Arendt (2010: 213, 214): “Quien no conozca el intercambio silencioso en el que se examina lo que se dice y lo que se hace no encontraría nada para contradecirse a sí mismo, lo cual significa que ni está capacitado para rendir cuentas sobre su discurso o su forma de actuar ni desea hacerlo; tampoco le importa cometer cualquier tipo de crimen porque puede contar con olvidarlo al minuto siguiente (...) Una vida sin pensar es muy posible; pero entonces no desarrolla su propio ser, y esto no es solo un sinsentido, también es muy poco vital. Las personas que no piensan son como sonámbulas”. Hoy, y como efecto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (que entró en vigor en nuestro país el 3 de mayo de 2008), derechos que tradicionalmente habían estado vedados para personas cuya autonomía era discutible (el sufragio de discapacitados intelectuales

severos, por ejemplo) han visto modificado su régimen jurídico para incluirlos entre sus titulares⁵.

No cerraremos este apunte sobre el reto que supone para el derecho el concepto de autonomía sin advertir lo que representa la inteligencia artificial, hábil para crear seres que pueden adoptar decisiones que no son mera ejecución de una programación previa sino que suponen determinado grado de razonamiento y, por tanto, una capacidad de elegir teniendo en cuenta un número mayor o menor de variables. Desde este punto de vista nos podemos encontrar con la situación de que personas carentes de autonomía puedan ser titulares de derechos y entes con un grado cada vez mayor de decisión autónoma no reciban una protección equivalente. ¿Cuánto tiempo se podrá mantener esto –que nos remite, en definitiva, al concepto de persona?

Las redes han generado un nuevo sujeto. Pero la sociedad digital y en concreto la IA está en condiciones de que en un futuro próximo tengamos que abordar con radicalidad debates sin premisas de partida ciertas.

IV. VIOLENCIA, PAZ, SEGURIDAD Y ESTADO

Así pues, hay un nuevo espacio referencial (las redes) con un internauta que no limita su acción a la compraventa. Este habitante de un territorio sin estado interacciona masivamente dando lugar a unos resultados que están muy lejos de constituir siempre acciones de cooperación recíproca, beneficios para el interés general. Ciertamente, antes que elementos de cohesión social el ciberespacio se caracteriza por expandir la conflictividad por aventar las divergencias (Balaguer, 2021a). La articulación del pluralismo y su armonización en un sistema que permita la resolución pacífica de las diferencias, la clásica tensión entre unidad y conflicto (Hesse, 2011), la noción de ciudadanía, necesitan entonces de nuevas aproximaciones. También las requiere el concepto de violencia, seminal para entender el Estado y sus funciones, esencialmente la de proveer de seguridad que es el resultado de la protección y garantía de los derechos (STC 126/1987 FJ 4º).

En este ámbito de nuevo han de convocarse a los instrumentos digitales de interacción entre desconocidos (“el hombre es tanto más lobo para el hombre cuanto menos coincidencia física haya”) como responsables significativos de la reformulación de muchos de los conceptos basilares del derecho constitucional. En mi opinión hay episodios de violencia que aun no son conceptualizados debidamente, o al menos con todas las consecuencias jurídicas que deberían acarrear (piénsese en la manipulación de los procesos electorales norteamericanos saldada con un mero “lo siento” de Zuckerberg ante el senado norteamericano <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-43720004>), y en cambio hay otras situaciones mucho más dudosas en las que se pasan a considerar violentas conductas hasta hace muy poco tiempo consideradas sin más como molestas o maleducadas. Un ejemplo palmario de las dificultades conceptuales en las que la sociedad está inmersa a la hora de determinar con parámetros estables un elemento tan crucial para el derecho y los derechos como la violencia puede verse en la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la

⁵ Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

adolescencia frente a la violencia cuyo artículo 1.2 indica: “A los efectos de esta ley, se entiende por violencia toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital”. Semejante enunciado, a mi juicio, funciona más como un compendio de problemas que de soluciones. Creo, sin embargo, que no es –solo- el producto de una mala técnica legislativa sino de la ceremonia de la confusión a la que asistimos en la que conceptos como derechos, apetencias, identidades o libre desarrollo de la personalidad comienzan a tornarse indistinguibles. El mundo virtual ya ha cambiado los significados de las cosas (también resulta muy interesante a este respecto los problemas a los que aboca el muy reciente artículo art. 172 *quater* del Código Penal); hay una enorme transformación social en marcha, cuya racionalización va a ser extremadamente complicada aun cuando se parta, como se debe, de la idea de derechos porque la deliberación sobre los mismos no es concebible al margen de internet.

Sea como fuere lo que el proyecto constitucional prescribe es que la violencia (lo que sea definido como tal) esté bajo control y no sean menores las fuerzas de quienes la condenan que la de los que la alientan; ni más poderosos los agentes que la impulsan que los que tienen que mantener los valores que el ordenamiento afirma. El Estado ha de asegurar que los detentadores de la violencia legítima cuenten con mecanismos para imponerse a las bandas de cuatros; y si no lo logra la crisis civilizatoria será total. Habríamos vuelto a una suerte de estado de naturaleza.

Cualquier observador puede comprobar que Instagram, Facebook o Twitter no son repositorios de información para compartir ni un foro de opiniones razonadas. Son un depósito de expresiones desatadas lanzadas a un campo de Agramante. Cada *tweet* es una manifestación de voluntad, una decisión; habitualmente una expresión de moralidad indignada, un sentimiento; una exaltación de la bravuconada, del pensamiento, del mito. En una época de irracionalismo una diseminación masiva de expresiones equivale inexorablemente a desinformación⁶.

La manipulación es tan masiva que la información resulta ser una excepción escondida a la que se accede con una serie de claves a disposición de una exigua minoría (que constituirá una nueva clase: los poderosos informados, capaces de ser poderdantes o desposeedores). La inmensa mayoría constituirá un nuevo “lumpen-desinformado” que oscilará entre la resignación (“todo es inútil”), el nihilismo (“nada merece la pena”) y el fanatismo (“hay que atacar a los enemigos, que son los que piensan diferente”). Resignados y nihilistas serán los grupos más nutridos por encarnar todavía algo de sentido común pero su ausencia de reacción (unos desde el desencanto; otros desde el cinismo) los hará víctimas de los que convierten el movimiento y la violencia en el eje de su acción. Se quiebran así los presupuestos de una racionalidad comunicativa, que reposan en especial en la capacidad del lenguaje para reflejar fielmente la realidad. Como indica con precisión Hannah Arendt: “no se puede confiar en las palabras si no se está seguro de que su función es revelar y no ocultar” (Arendt, 2021: 86). Una mancha

⁶ Hay que tener en cuenta que el irracionalismo no supone que no se quiera conocer sino que el instrumental para hacerlo no sigue los canales pautados desde la Ilustración

de desconfianza se ha extendido ya por la sociedad digital. La llamada desinformación⁷, con sus elementos de voluntad de engaño, y puesta en peligro de valores constitucionales está generando violencia. No es dissociable de la crisis de la razón y se debe en buena medida (a la vez que acrecienta) a la práctica desaparición de la institución de la opinión pública y de la figura del intelectual, de la crítica⁸.

Por tanto es completamente crucial afirmar como valor indeclinable del constitucionalismo la paz y la seguridad. Puede que no sea necesario para ello erigir un nuevo soberano (tal y como postula Requejo, 2016) pero sí, al menos un Estado fuerte, sin el que la democracia no es posible. En efecto, la democracia supone el gobierno de la mayoría con respeto a los derechos de las minorías. Para ello se necesita una estructura capaz de convertir en ley la opinión de las mayorías y que cuente con unos órganos con potestades para garantizar que los derechos se respeten. No hay democracia sin ley ni sin potestades (sí la hay sin soberanía, Kriete, 1980) y no se conocen leyes y potestades (no lo son si carecen de efectividad) sin Estado. Estado se opone, en este sentido a Nación y Pueblo que pueden remitir en última instancia incluso al gobierno de los hombres, pero no de las leyes.

La sociedad digital es una realidad que en su misma definición deja clara la ausencia de la figura del Estado. Los conceptos de poder, violencia, seguridad, dominación, no obstante están presentes -muy presentes incluso- como en cualquier conjunto de relaciones humanas. Pero no hay un centro de imputación, no hay una manera de reconducir el pluralismo a la unidad con lo que las identidades emergen exponencialmente quebrando la categoría de ciudadanía. Actúan poderes privados con capacidad de intervenir con violencia y quien detenta el monopolio legítimo de la misma ni interviene ni se le espera. Estamos en un momento de reconfiguración tan rápido y abrupto que los mecanismos de exigencia de responsabilidad no son eficaces contra las grandes compañías tecnológicas y solo tienen por objeto a quienes no tienen potestades de intervención reales (Sánchez Barrilao, 2016, 2018). Recordemos que el principio para distinguir lo admisible de lo que no lo es se define por las propias empresas intervinientes a través del principio de la autorregulación⁹.

⁷ Tal y como se señala en la Orden de 30 de octubre de 2020 por la que publica el procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional de España “la Comisión Europea define la desinformación como la «información verificablemente falsa o engañosa que se crea, presenta y divulga con fines lucrativos o para engañar deliberadamente a la población, y que puede causar un perjuicio público», e incluye en este perjuicio público las amenazas a los procesos democráticos y a bienes públicos tales como la salud, el medio ambiente o la seguridad, entre otros”.

⁸ Es esta situación lo que explica que el derecho y los operadores jurídicos se vena obligados a escorzos de difícil manejo como son recurrir al discurso del odio o establecer unos procedimientos de control de la desinformación.

⁹ Ciertamente es que vistos los escasos réditos del principio ahora se está imponiendo la corregulación. Cfr. el Considerando nº 14 de la Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE (Directiva de servicios de comunicación audiovisual): “La autorregulación constituye un tipo de iniciativa voluntaria que permite a los operadores económicos, interlocutores sociales, organizaciones no gubernamentales y asociaciones en general adoptar directrices entre sí y para sí. Son responsables del desarrollo de estas directrices, así como del seguimiento y aplicación de su cumplimiento. Los Estados miembros deben, con arreglo a sus respectivas tradiciones jurídicas, reconocer el cometido que puede desempeñar la autorregulación efectiva como complemento de los mecanismos legislativos, judiciales y administrativos vigentes y su valiosa contribución con vistas a la consecución de los objetivos de la Directiva 2010/13/UE. No obstante, si bien la autorregulación puede ser un método complementario para aplicar ciertas disposiciones de la

En definitiva, la sociedad digital conoce de poderes capaces de ejercer violencia; se resiente por la ausencia de mecanismos de responsabilidad adecuados y florece en un espacio sustancialmente anómico que cubre sus necesidades esenciales a través de un paradigma autorregulatorio. Estos poderes dominan un espacio sin fronteras, conforman los discursos formal y materialmente y han conducido a un trono absoluto a la opinión sin el correctivo de la información. Campo abonado para la voluntad, la sinrazón, la emoción, el sentimentalismo...

V. LA PROPUESTA: LA CIUDADANÍA

La reversión de este estado de cosas, la sustitución de los valores que a mi juicio predominan en la sociedad digital (y sobre esto coinciden trabajos muy valiosos y dispares como los de Zuboff, 2020; Darymple, 2016; Davies, 2019) por los que normativamente deben ejercer su labor como constructores de discursos en los que los conflictos resulten colectivamente resueltos conforme a reglas democráticas pasa por recuperar la noción de ciudadanía. Y no es precisamente la acepción mínima que se acoge en la UE, limitada básicamente a aquellos elementos que se incorporan bajo esa rúbrica en el TUE (bien criticada por Menéndez, 2017) la que puede responder a los retos que la sociedad digital presenta. Antes bien ha de pensarse en una idea mucho más ambiciosa de ciudadanía integrada por personas que se sientan (importante el sentimiento) parte de una comunidad política; protegidos en su individualidad por ella y a la que ésta les propone participar en un proceso de decisión colectivo del destino común. En este sentido puede verse en qué medida la idea de ciudadanía (con su carácter sustancialmente político y su disposición a la colaboración, si quiere decirse así) se opone a la de consumidor (centrado en torno a sus necesidades) pero, sobre todo, al internauta que finalmente están creando las compañías que pilotan las plataformas digitales. Esa táctica de cierre en torno a grupos de onanismo político (las bubbles) y la monetarización de los datos de los usuarios que llevan a que las compañías los conduzcan a una experiencia única (al restaurante al que sus preferencias previas les han llevado; a la pareja que el algoritmo marca como más compatible...) destierran a las personas de la experiencia común (en el sentido de compartida) sin la que lo político no existe.

El constitucionalismo se ha visto concernido en numerosas y siempre difíciles ocasiones por el problema de la inclusión/exclusión respecto del espacio compartido. Tomemos, a modo de ejemplo, el problema jurídico provocado por la prohibición del uso del velo integral en los espacios públicos en Francia. Como es sabido esta cuestión dio lugar a

Directiva 2010/13/UE, en modo alguno puede sustituir a las obligaciones del poder legislativo nacional. La corregulación, en su mínima expresión, proporciona un «vínculo jurídico» entre la autorregulación y el poder legislativo nacional, con arreglo a las tradiciones jurídicas de los Estados miembros. En la corregulación, la función regulatoria se reparte entre las partes interesadas y el gobierno o las autoridades u organismos reguladores nacionales. La función de las autoridades públicas correspondientes incluye el reconocimiento del sistema de regulación, el control de sus procesos y la financiación del sistema. La corregulación debe preservar la posibilidad de intervención estatal en el caso de que no se realicen sus objetivos. Sin perjuicio de las obligaciones formales de los Estados miembros en lo relativo a la incorporación a la legislación nacional, la Directiva 2010/13/UE anima a la utilización de la autorregulación y la corregulación. Esto no obliga a los Estados miembros a crear regímenes de autorregulación o corregulación, o ambos, ni afecta a las iniciativas de corregulación ya implantadas en los Estados miembros y que funcionan de forma efectiva o las pone en peligro”.

una demanda ante el TEDH que fue resuelta por la sentencia S.A.S c. Francia ([GC], núm. 43835/2011 de 01.07.2014). La clave del problema reside, a mi juicio, en la preocupación de la República Francesa por los peligros que podrían derivarse de la relajación excesiva de los vínculos de las personas con el orden social en el que se integran. Creo que no hay duda de que no se pretendía con la prohibición atacar el pluralismo social (en este caso religioso); ni socavar la necesaria separación Estado-Sociedad que protege frente a las tentaciones totalitarias. Lo que despierta una inquietud tan grave como para, después de un procedimiento normativo dilatado en el tiempo y muy debatido, proceder a una medida restrictiva del derecho a exteriorizar las creencias es la extensión de fenómenos, de situaciones, de conductas, que pueden tener como resultado impedir la interacción personal; que suponen un ataque a la idea de la sociedad como un proyecto compartido; que reducen el carácter de sujeto de los viandantes.

En esta línea podría decirse que con la admisibilidad del velo integral no estaríamos hablando ya de una conducta cubierta por la llamada libertad de los modernos (por oposición a la de los antiguos) sino de un libertad postmoderna que por su ajeneidad a lo político (como espacio de colaboración en la búsqueda del bien común) excluiría incluso la propia idea de libertad. Valga este caso para indicar que la ciudadanía se encuentra en un proceso de contestación muy importante y, sobre todo, para advertir que el TEDH admite su utilización como un límite implícito para el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas. En efecto, como es sabido, al final el TEDH entiende, ciertamente gracias al margen de apreciación, que la restricción al artículo 9 del CEDH es admisible porque busca proteger el “living together”, el “vivre ensemble”; esto es, la ciudadanía; un límite que no aparece expresamente en el tenor literal del artículo correspondiente del CEDH se convierte en la clave de la respuesta lo que puede ser traído como apoyo de nuestra doble tesis de que la ciudadanía está en una situación de precariedad y de que hay que buscar la forma de recuperar su capacidad inclusiva. También deja de manifiesto la principal duda de este trabajo: cómo hacerlo. Con la prohibición y su sanción por el TEDH, ¿se sentirán más o menos parte de la comunidad política las mujeres que se vean afectadas? ¿Cabe imponer la ciudadanía por decreto?

Pero las dificultades no deben hacer quebrar la firmeza del propósito de recrear la ciudadanía, que -empecemos por los descartes- solo puede surgir disminuyendo la conflictividad y la violencia que están emergiendo con la deriva que ha tomado la sociedad digital; regulando -con la ayuda que el ordenamiento internacional de los derechos humanos siempre ha prestado- a partir de nuevos paradigmas como puede ser el de seguridad humana¹⁰. Una comunidad que conduzca en ese sentido sus vínculos sentimentales y rechace recurrentes cantos de sirena como los de pueblo o Nación y, desde luego, confíe en la resolución pacífica de los conflictos.

Volvemos así al artificio, “Estado”. Proponer y revitalizar la ciudadanía es, como se ha referido, tener en cuenta una estructura que le sirva de referencia. Esta no puede ser, obviamente, el Estado-Nación, completamente incapaz de afrontar unos retos enormes, de controlar unos poderes privados inmensos. La alternativa no parece ser otra que la

¹⁰ *Teoría y práctica de la Seguridad Humana. Aplicación del concepto de seguridad humana y el Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para la Seguridad de los Seres Humanos*. Disponible en línea en <https://www.unocha.org/sites/dms/HSU/Publications%20and%20Products/Human%20Security%20Tools/Human%20Security%20in%20Theory%20and%20Practice%20Spanish.pdf>. 20-04-2022

UE que ha intentado de nuevo elevar su legitimidad con acciones tan ambiciosas como el plan Next Generation EU y acaba de concluir (aunque con proyección limitada y efectos discutibles) los trabajos de la Conferencia para el futuro de Europa (Azpitarte, 2022). Con todo, los temas elegidos para el debate -que son, recordemos: cambio climático y medio ambiente; una economía más fuerte, justicia social y empleo; salud; valores y derechos, Estado de Derecho y seguridad; la UE en el mundo; transformación digital; democracia europea; migración; educación, cultura y deporte- nos ponen ante la auténtica encrucijada del constitucionalismo contemporáneo haciendo explícita la sede que con todas sus fragilidades está llamada a afrontar estos retos.

VI. APROXIMACIÓN CONCLUSIVA

He elegido deliberadamente este título para el apartado que cierra este trabajo. Porque lo que hemos tratado en las páginas precedentes no admite su conclusión con afirmaciones apodícticas. No deben, por tanto, tomarse por tales las aproximaciones que paso a enumerar en pos de la efectividad de la síntesis.

1. Estamos inmersos –no asistiendo: somos sujetos y objetos de las transformaciones- en un período de cambios vertiginosos en los que principios y valores sociales se están reconfigurando. Hemos reparado en los más inmediatamente concernidos por el objeto del trabajo pero no debemos soslayar otros como los que afectan a las costumbres amorosas y sexuales; a los hábitos alimenticios o a las maneras de desplazarnos, por ejemplo. Como todo cambia, cambiamos. Y del cambio no se salva ni el propio concepto de identidad. Es difícil reconocernos ya en los sujetos de referencia de la Constitución de 1978.

2. Esta nadería es muy sustancial para la teoría constitucional porque las constituciones normativas (García Pelayo, 1984) tienen como función ordenar la realidad para permitir la resolución de los conflictos conforme a los principios de división del poder y garantía de los derechos de las minorías. La función del constitucionalista es, pues, observar y caracterizar profundamente la tensión entre valores sociales y valores constitucionales, tratando de reducirla a favor de los segundos que, mientras no se reformen, constituyen el parámetro de juicio de las dinámicas sociales más sustantivas.

3. El derecho constitucional está (una vez más) en la cuerda floja y muchos hay, como siempre, esperando su derrota para celebrarla. La involución es siempre más que una posibilidad. Hemos intentado aproximarnos a las dinámicas que se han impuesto en la llamada sociedad digital, caracterizada básicamente por un entorno, las redes, que han generado un nuevo sujeto, el ser digital, que no es un mero consumidor evolucionado.

4. Se aprecia, en este sentido, la perentoria necesidad de que la sociedad digital aparezca con toda su sustantividad en los textos constitucionales. Ya no vivimos en sociedades industriales ni de consumo. La labor de ordenación (regulación, control del poder, aseguramiento de los derechos frente a compañías que todavía hoy actúan con patente de corso) es función de las constituciones lo que exige actualizar la reflexión sobre nociones como las de sujeto, violencia, ciudadanía y Estado. Evidentemente todas están relacionadas y remiten a su vez a otras que forman parte del argumentario constitucional de cualquier tiempo y lugar -como pueden ser seguridad, información, razón o responsabilidad. Hemos tratado de mostrar que las dos primeras están siendo objeto de

una reformulación muy importante; y las dos segundas, que operan de clave de bóveda de cualquier sociedad democrática, están en declive.

5. Hemos sugerido, en particular, que el derecho, instrumento para determinar la admisibilidad de las conductas sociales se está viendo obligado a trabajar de nuevo sobre magnitudes instrumentales como la violencia, concepto al que la sociedad digital está dando un nuevo sentido. Una vez más, y como en cada cambio de paradigma, es una tarea de primer orden la concreción de los que ha de soportarse (o no) como consecuencia de una vida en sociedad en la que el conflicto es el resultado inexorable del pluralismo. Derechos (como elemento subjetivo) y ciudadanía (como categoría sistémica ahora) deben ser claves en la deliberación. Ha de superarse la paradoja que de momento entraña la expresión “ciudadanía digital”. Mientras no se logren mitigar los efectos nocivos que para los valores constitucionales suponen el libérrimo funcionamiento de las redes no estaremos en condiciones de lograrlo.

6. Por ello, la reconstrucción a la que se apela en estas páginas es una vuelta a las categorías que desde la estructura (el Estado), y desde el sujeto (la ciudadanía) han sido funcionales al derecho constitucional en la garantía de sus principios. Así se han afluado que estos dos grandes conceptos han visto acentuadas vulnerabilidades previas por la sociedad digital y que una demostración especialmente inquietante es la necesidad de clarificar lo que jurídicamente pueda entenderse por violencia.

7. De esta manera se puede llegar de nuevo a una categoría que funciona como la más perfecta síntesis de todos los valores constitucionales: la ciudadanía. La sociedad digital solo será constitucional si el eje es ciudadano, el sujeto al que la democracia apela; el que concita y hace posible el pluralismo y la unidad sin la que ninguna asociación estable es posible.

7. Cerramos pues con una guía que no saca al perplejo de su perplejidad: hay un valor inmarcesible, la ciudadanía, el sentirse parte de una comunidad política, que implica una serie de valores y principios que la mayoría de observadores consideran necesitados de afirmación tales como la educación, la opinión pública o la razón. Crear ciudadanía y recrear en la UE su espacio de referencia, el Estado, esta sería mi previsible propuesta.

BIBLIOGRAFÍA

-Aguilar Calahorro, Augusto, “El sujeto de derecho en la sociedad del consumo: el ciudadano como consumidor” en García Herrera, Miguel Ángel; Asensi Sabater, José; Balaguer Callejón, Francisco, *Constitucionalismo Crítico. Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant Lo Blanch, Primera edición: 2015. Segunda Edición: 2016.

-Aguilar Calahorro, Augusto, “Valores Constitucionales y Sociedad Digital”, en prensa, 2022.

-Alain, *El ciudadano contra los poderes*, Estudio preliminar y notas de Eloy García, Tecnos, Madrid, 2016.

-Arendt, Hannah, *La vida del espíritu*, Paidós, Barcelona, 2010.

-Arendt, Hannah, *Sobre la violencia*, Alianza editorial, Madrid, 2021.

- Azpitarte Sánchez, Miguel, “Conflictos constitucionales y la Conferencia sobre el futuro de Europa”, 2022 (en prensa)
- Balaguer Callejón, Francisco, “Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI”, *Nomos, Le attualità nel diritto, Anticipazioni Convegno: Passato, Presente e Futuro del costituzionalismo e dell’Europa*, 2018.
- Balaguer Callejón, Francisco, “Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Número 32, 2019a
- Balaguer Callejón, Francisco “La Constitución en el tiempo de las redes sociales” en *La Constitución de los Españoles. Estudios en homenaje a Juan José Solozábal Echavarría*, AAVV, CEPC, 2019b.
- Balaguer Callejón, Francisco, “El impacto de los nuevos mediadores de la era digital en la libertad de expresión”, en *Iceonline* 0/2021a (www.iceonline.eu)
- Balaguer Callejón, Francisco, “La constitución del algoritmo. El difícil encaje de la constitución analógica en el mundo digital”, en A.C.N. Gomes, B. Albergaria, M.R. Canotilho (car.), *Direito Constitucional: diálogos em homenagem ao 80º aniversário de J. J. Gomes Canotilho*, Belo Horizonte, 2021b.
- Balaguer Callejón, Francisco, "Inteligencia artificial, democracia y derechos" en *Direito e Inteligência Artificial: Fundamentos-Volume I* en Filho, Willis Santiago Guerra; Santaella, Lucia; Kaufman, Dora; Cantarini, Paola; Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2021c.
- Berlin, Isaiah, Prefacio a Reflexiones sobre la violencia de Georges Sorel, Alianza, Madrid, 2016.
- Chueca, Ricardo, “La marginalidad jurídica de la dignidad humana”, en Chueca, Ricardo (dir), *Dignidad humana y derecho fundamental*, CEPC, Madrid, 2015.
- Cotta, Sergio, Voz “Violencia”, en Diccionario Akal de Filosofía Política, Raynaud, Philippe, Rials, Stéphane (eds.), Akal, Madrid, 2001.
- Davies, William, *Estados nerviosos. Cómo las emociones se han adueñado de la sociedad*, Sexto Piso, Madrid, 2019.
- Dalrymple, Theodore, *Sentimentalismo tóxico. Cómo el culto a la emoción pública está corroyendo nuestra sociedad*, Alianza, Madrid, 2016.
- De Cabo Martín, Carlos, “Propuesta para un constitucionalismo crítico”, *Revista de derecho constitucional europeo*, nº 19, 2013.
- García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Alianza editorial, Madrid, 1984.

- Eilenberger, Wolfram, *Tiempo de magos. La gran década de la filosofía. 1919-1929*, Taurus, 2019.
- Fernández Sarasola, Ignacio, La «constitución generacional» en el pensamiento revolucionario francés. *Revista de Estudios Políticos*, 185, 2019.
- Guillén López, Enrique, “Información, desinformación y pandemia. un análisis contextual de la Orden de 30 de octubre de 2020 por la que publica el procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional de España”, *La ciudadanía europea*, 2021.
- Häberle, Peter, *El estado constitucional*, UNAM, México, 2016.
- Hesse, Konrad, “Concepto y cualidad de la Constitución”, en Cruz Villalón, Pedro y Azpitarte Sánchez, Miguel (eds.), *Escritos de Derecho constitucional*, CEPC, Madrid, 2011.
- Judt, Tony, *Postguerra. Una historia de Europa desde 1945*, Taurus, Madrid, 2005.
- Kriele, Martin, *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Depalma, 1980.
- Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Epílogo de Alejandro Nieto, Ariel, Barcelona, 2004.
- Lucas Verdú, P; *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Tecnos, Madrid, 1987.
- Macluhan, Marshall, *La galaxia Gutemberg*, Círculo de lectores, Barcelona, 1998.
- McMahon, Darrin M, *Una historia de la felicidad*, Taurus, Madrid, 2006.
- Macpherson, C.B, *La democracia liberal y su época*, Alianza, Madrid, 1982.
- Macpherson, C.B, *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, Trotta, Madrid, 2005.
- Menéndez Menéndez, Agustín, “Ciudadanía europea: un feliz malentendido”, en *El Cronista del Estado social y democrático de derecho*, nº 66-67, 2017.
- Morgan, Edmund. S, *La invención del pueblo. El surgimiento de la soberanía popular en Inglaterra y Estados Unidos*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1988.
- Paz, Octavio, *Corriente alterna*, Siglo XXI, Madrid, 2009
- Requejo Pagés, Juan Luis, *El sueño constitucional*, KRK, Oviedo, 2016.
- Rüthers, Bernd, *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

- Sánchez Barrilao, Juan Francisco, “El futuro jurídico de Internet: una aproximación constitucional a la neutralidad de la red”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 26, 2016
- Sánchez Barrilao, Juan Francisco, “La neutralidad de Internet como objeto constitucional”, en *Retos jurídicos por la sociedad digital*, Valls Prieto, Javier (Coord.), Thomson Reuters / Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2018.
- Schmitt, Carl, *Sobre el parlamentarismo*, con Estudio Preliminar de Manuel Aragón, Tecnos, 1990.
- Schmitt, Carl, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1996.
- Schmitt, Carl, *La defensa de la constitución*, con Prólogo de Pedro de Vega, Tecnos, 1998.
- Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, Alianza Editorial, Madrid, 1999.
- Schmitt, Carl, “Teología política. Cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía (1922)”, en *Teología política*, Trotta, Madrid, 2009.
- Schmitt, Carl, *Teoría de la constitución*, Alianza, Madrid, 2011.
- Scurati, Antonio, *M. El hijo del siglo*, Alfaguara, Madrid, 2020.
- Zuboff, Shoshana, *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*, Paidós, Barcelona, 2020.