

VALORES CONSTITUCIONALES Y SOCIEDAD DIGITAL¹

CONSTITUTIONAL VALUES AND DIGITAL SOCIETY

Augusto Aguilar Calahorro²

Profesor Titular acreditado de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada (UGR, Granada, España)

AREA(S): derecho constitucional.

RESUMEN: Los valores constitucionales (libertad, igualdad, trabajo, pluralismo político, Estado de Derecho, Democracia...) se encuentran en crisis. La globalización ha tenido como uno de sus efectos la propagación de valores no constitucionales impuestos por Estados no democráticos que, pese a todo, constituyen un actor relevante a nivel geopolítico. En el artículo se señala que una de las causas de esta competitividad entre valores ha sido la aparición de grandes compañías tecnológicas. El artículo analiza si los valores constitucionales son asumidos por estas compañías y si podrían trasladarse los valores constitucionales a las relaciones del ciberespacio.

ABSTRACT: *Constitutional values (freedom, equality, work, political pluralism, rule of law, democracy...) are in crisis. One of the effects of Globalization is the propagation of non-constitutional values imposed by non-democratic States that, notwithstanding, are relevant actors at the geopolitical level. The article points out that one of the causes of this competition between values has been the appearance of Big Tech-companies. The article analyzes how constitutional values are assumed by these companies and if could be transferred to cyberspace relations.*

PALABRAS CLAVE: valores constitucionales; normatividad; tribunal internacional; iliberalismo.

KEYWORDS: *constitutional values; binding norms; international courts; illiberalism.*

¹ Este artículo ha sido desarrollado en el marco del Proyectos de I+D+i, PID2019-106118GB-I00 MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

² *E-mail:* augustoaguilar@ugr.es. *Currículum:* https://constitucional.ugr.es/pages/profesorado/a_aguilar/cv_aguilar. *Orcid:* <https://orcid.org/0000-0001-8239-6712>.

SUMARIO: 1 Guerra de valores; 2 La implantación de valores en el ciberespacio; 3 Valores digitales del ciberespacio; 4 ¿Están cumpliendo los valores digitales una función constitucional?

SUMMARY: 1 *War of values*; 2 *The implementation of values in cyberspace*; 3 *Digital values of cyberspace*; 4 *Are digital values fulfilling a constitutional function?*

1 GUERRA DE VALORES

Nos encontramos en un momento histórico de reconstrucción del orden global. El estado nación y las estructuras políticas y sociales creadas desde el Tratado de Westfalia han quedado obsoletas en pocas décadas por el avance de las nuevas tecnologías de la información³. Nos encontramos en un momento “preconstituyente” del orden político-social de la humanidad que podría ser definitivo, marcado por la irrupción de internet y el ciberespacio: por su alcance global, por los riesgos medioambientales para la supervivencia de la especie, por la amenaza de una guerra total...

Las ciencias jurídico-sociales observan los cambios de las estructuras político-económicas tratando de conjugarlas mediante grandes conceptos que las definan. El contexto globalizado de las relaciones sociales ha adquirido denominaciones como Sociedad del riesgo⁴, Sociedad del consumo⁵, Sociedad del conocimiento⁶ o Sociedad digital⁷. En el plano jurídico todas ellas reflejan una misma idea: la crisis del constitucionalismo como paradigma de ordenación sociopolítica contemporánea.

³ Sobre la aceleración del tiempo histórico producida por las nuevas tecnologías véase, por ejemplo, F. BALAGUER CALLEJÓN, “Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la Globalización en el Siglo XXI”, *Revista de Derecho Constitucional europeo*, n. 30, 2018. https://www.ugr.es/~redce/REDCE30/articulos/02_F_BALAGUER.htm#notabis.

⁴ La obra de U. BECK, *La Sociedad del riesgo*, Paidós, Barcelona, 2006, representa la imagen más acabada de esta nueva sociedad.

⁵ A. AGUILAR CALAHORRO, “El sujeto de derecho en la sociedad del consumo: el ciudadano como consumidor” en M. Á. GARCÍA HERRERA, J. ASENSI SABATER, F. BALAGUER CALLEJÓN, *Constitucionalismo Crítico. Liber amicorum Carlos de Cabo Martín Tirant Lo Blanch*, 2015, p. 489-534.

⁶ M. CASTELLS, “La era de la información”, Volumen I: *La sociedad red*. Siglo XXI Editores, México, 1999.

⁷ Por remontarnos a una de las primeras obras sobre la cuestión, véase P-A, MERCIER, F. PLASSARD, V. SCAGLIARDI, *La société digitale. Les nouvelles technologies au futur quotidien*, Seuil, Paris, 1984, con edición español: *La sociedad digital: las nuevas tecnologías en el futuro cotidiano*, Ariel, Barcelona, 1985.

Esta reestructuración de las organizaciones humanas, en mi opinión, ha provocado una “guerra de valores”. Una lucha de relatos históricos cuyo fin es imponer los valores del nuevo orden fundamental, los fines y objetivos de la inminente comunidad política global⁸.

En esta Guerra se enfrentan, por un lado, los valores constitucionales: la perpetuación de los valores liberales del orden socio-político occidental creado en la modernidad (no en vano, la Edad histórica Moderna se fecha con las revoluciones liberales del siglo XVIII)⁹. Por otro lado, valores particularistas, llamados en ocasiones “iliberales”, que se presentan como relato histórico alternativo a la hegemonía del constitucionalismo occidental de los últimos siglos¹⁰.

Desde la aparición de la Constitución normativa, como última etapa del constitucionalismo surgido tras la II Guerra Mundial, se positivizó el concepto de la dignidad humana como clave pactada en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Desde el mismo se desarrollaron los valores constitucionales de libertad, justicia, igualdad, solidaridad, trabajo y pluralismo político como elementos esenciales de desarrollo de la persona en el seno de una sociedad y, por tanto, como elementos constituyentes de ese tipo de organización política denominada estado social y democrático de Derecho. El consenso global sobre estos valores parece haber sido más o menos continuado hasta hace muy poco¹¹.

La “guerra de valores” es una guerra total, desplegada a nivel interno y a nivel externo.

⁸ Sobre la diferencia entre orden marco y orden fundamental desde una perspectiva constitucional ver R. ALEXY, «Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho constitucional*, n. 66, 2002.

⁹ Por todos, me remito a A. D’ATENA, “La conflictividad axiológica de la democracia liberal y el desafío de Internet”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 30, 2018.

¹⁰ De nuevo A. D’ATENA, “Democracia iliberal e democracia direta na era digital”, *Revista da Ajuris*, v. 47, n. 149, 2020, p. 315. Sobre la conflictividad intrínseca a todo pacto constituyente ver V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milán, 1952, p. 30 y ss.

¹¹ La paulatina influencia de las potencias no occidentales en el mundo se ha ejercido a través del denominado *soft power*, como forma de persuadir sin el uso de la fuerza (*hard power*) al resto de estados para un acercamiento a nuevas formas de ordenación socioeconómica mediante relaciones internacionales y económicas. Por todos me remito para el concepto *soft power* a S. NYE Jr., “Soft Power”, *Foreign Policy*, n. 80, 1990, pp. 153-171.

A nivel externo, sirva como ejemplo la confrontación máxima entre valores expresada de forma desquiciada a través del sinsentido de la invasión de Ucrania por Rusia, mal fundada en un riesgo para los “valores tradicionales”, imperialistas, rusos¹². La ruptura definitiva con la estructura de valores constitucionales pactada hasta la fecha se expresa, a nivel jurídico, con la expulsión de Rusia del Consejo de Europa y la denuncia por parte de aquel del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹³.

Por su parte, China, inició el relato de las “singularidades chinas” en el terreno de los valores desde que Deng Xiaoping las desarrolló en los años 90, tras el colapso del bloque comunista, como una evolución política del confucionismo en oposición a Occidente. Se trata de la confrontación del valor “antropológico cultural” occidental de la dignidad del individuo¹⁴ con el valor particularista que aboga por la “sociedad sobre el individuo¹⁵”, así como la

¹² Anticipadamente expuesto por J. VAQUER, “Putin y los valores tradicionales”, *El País*, 24 marzo 2014. También Q. BADÍA y N. DE PEDRO, “¿Eurasianismo frente a europeísmo?”, *Política exterior*, v. 33, n. 191, 2019, p. 14-20.

¹³ El 15 de marzo de 2022, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa votó a favor de la salida de Rusia de la organización. En el mismo día el Ministerio de Asuntos Exteriores ruso notificó a la Secretaría General del Consejo de Europa la retirada de la Federación Rusa de la organización en virtud del artículo 7 del Estatuto del Consejo de Europa, así como su intención de denunciar el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

¹⁴ P. HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, (Trad. H. Fix-Fierro), Instituto de investigaciones jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, n. 47, UNAM, México D.F. 2003, p. 170. En relación a la confrontación de la dignidad humana con los valores particularistas, es muy iluminadora la anécdota del profesor Antonio D’Atena: “Al respecto, no me parece fuera de lugar recordar una experiencia personal. Con ocasión de una lección sobre el Estado de Derecho que dicté ante procuradores de la República China, pude constatar que mis interlocutores no alcanzaban lógicamente a concebir la categoría de los derechos fundamentales. ¿Por qué razón, me objetaban, intereses de los individuos o de los grupos minoritarios deben dotarse de resistencia frente al poder del Estado, que representa a todos los ciudadanos?”. A. D’ATENA, “La conflictividad axiológica de la democracia liberal y el desafío de Internet”, cit.

¹⁵ “Es decir, las palabras gobernante y gobernado, padre e hijo asignan a cada individuo un lugar en la sociedad. La no aceptación de cada papel social que corresponde a cada miembro de la sociedad tiene como consecuencia el caos”. Ver L. GRECO, *El progreso de Singapur a partir de los valores asiáticos*, Geirsa: Grupo de estudios sobre India y el Sudeste Asiático del Rosario, Universidad de Rosario, consultado en <https://geirprecur.files.wordpress.com/2020/05/el-progreso-de-singapur-a-partir-de-los-valores-asic381ticos.pdf>.

Señala Greco cómo el gobierno chino resaltaba cinco puntos principales en el proyecto de establecer unos valores del orden político: a) la nación debe estar por encima de la comunidad y la sociedad antes del individuo; poner los intereses de la sociedad por delante de lo individual; b) la familia es la unidad básica de la sociedad; c) buscar la solución de los problemas a través de consensos y no de imposiciones; d) promover la armonía y la tolerancia entre las diferentes religiones y etnias; e) respeto

revalorización del “consenso” sobre el elemento clave del constitucionalismo, el reconocimiento del conflicto¹⁶ y el pluralismo, o la introducción por Xiao Jinping del concepto “Estado ‘con’ Derecho” frente al valor constitucional Estado de Derecho o *Rule of Law*¹⁷.

A nivel interno, las crisis económicas acaecidas especialmente en Europa desde 2008 y la crisis sanitaria provocada por la enfermedad Covid-19 han desembocado en múltiples crisis constitucionales (de representación, de normatividad, de derechos...¹⁸). El descontento social ha sido utilizado por ideologías extremistas anticonstitucionales. El auge de la extrema derecha iliberal, ultranacionalista, centralista, antiglobalización, se justifica sobre una supuesta crisis de los “valores tradicionales”, desde donde reivindican una “identidad homogeneizadora” que actúa, en cambio, como un factor de desintegración de la comunidad política constitucional¹⁹.

y apoyo de la comunidad al individuo. Y como es obvio, pone de manifiesto como este proyecto justifica un orden autocrático, la primera “democracia” orgánica dinástica china.

¹⁶ Véase la importancia del reconocimiento del conflicto, como base del reconocimiento del pluralismo político y social, en C. DE CABO MARTIN, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la constitución*, Trotta, Madrid, 2010, p. 136.

¹⁷ Ver, M. ROCHA PINO, “Los valores compartidos: una reinterpretación política del confucionismo en Singapur”, en *Revista de Sociología e Política*, 2014. Disponible en: <https://www.scielo.br/pdf/rsocp/v22n51/02.pdf>: «Unos valores aderezados con la reivindicación de los “valores socialistas centrales” expresados con el lema “442”, es decir, las “cuatro conciencias” (integridad, altura de miras, lealtad al aparato y protección del nº 1), las “cuatro confianzas” (en la civilización china, en la metodología del Partido, su teoría política y su sistema centralizado) y las “dos protecciones” (la posición del nº 1 como núcleo y la prevalencia del Comité Central)».

También M. T. S. HONG, “The Soft Power of Singapore”, en A. LUGG (coord.) *The Rise of Singapore*, Nanyang, Nanyang Technological University. Disponible en: https://www.worldscientific.com/doi/10.1142/9789814704946_0019.

I. RODRÍGUEZ ARANDA, D. LEIVA VAN DE MAELIE, *El Soft Power en la Política Exterior de China: consecuencias para América Latina*. 2013, Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/305/30528720022.pdf>.

¹⁸ Véase, por todos, F. BALAGUER CALLEJÓN, M. AZPITARTE SÁNCHEZ, E. GUILLÉN LÓPEZ, J. F. SÁNCHEZ BARRILAO (Dirs.), *Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, Thomson Reuters. Aranzadi, 2020.

¹⁹ Imprescindible A. SCHILLACI, *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e negli Stati Uniti*, Jovene Editore, Nápoles, 2018, espec. pp. 79 y ss.: «el reconocimiento de la dignidad del otro *generalizado* no puede prescindir del reconocimiento de la identidad del otro *concreto*» [traducción propia].

Estos grupos políticos que actúan a nivel interno están vinculados con la presión que ejercen las potencias “alternativas” a nivel externo²⁰. Pero se diferencian en un elemento particular. A nivel interno los grupos extremistas no reniegan de los valores constitucionales, sino que se los apropian, subvirtiendo y fragmentado su contenido. No proceden a una eliminación de los valores constitucionales (al menos en su discurso) sino a una subversión de su significado.

Un ejemplo. Declarar que hay pueblos en Polonia “Libres de ideología LGTBI²¹” es negar que existe diversidad sexual o de género, decir que puede hacerse desaparecer, y por tanto negar que existe el valor de la igualdad y no discriminación. Pero la negación de esta realidad se hace enarbolando el mismo valor, la igualdad: como todos somos iguales es contraproducente que la ley diferencie. Niegan igualmente la existencia de una violencia machista específica y distinguible de la violencia común. Y lo vuelven a hacer sobre el concepto de la igualdad y el pluralismo. Se niega enarbolando el mismo valor: el de la igualdad. El discurso es que el pluralismo y la no discriminación debe significar evitar la “colectivización” de la sociedad. Todos somos iguales, la violencia es la misma para todos y el matrimonio es el mismo para todos, y si se reconocen grupos o minorías se termina por “colectivizar” a la sociedad, fragmentarla, en lugar de integrarla²². Un discurso que retrotrae el valor de la igualdad y la no discriminación al “valor tradicional” del constitucionalismo “liberal” del siglo XIX²³.

²⁰ F. BALAGUER CALLEJÓN, “Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el Siglo XXI”, *cit.*

²¹ M. A. FERNÁNDEZ GARCÍA, “El reto europeo ante las ‘zonas libres de personas LGTBI’”, EL PAIS, 8 febrero 2021. https://elpais.com/elpais/2021/02/04/seres_urbanos/1612428220_272997.html. Véase, para combatir esta situación la Primera Estrategia de la Unión Europea 12 de noviembre de 2020, de la Igualdad: la Comisión presenta su primera estrategia para la igualdad de las personas LGBTIQ en la UE. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_2068.

²² Valga como uno solo de lo múltiples ejemplos, el discurso de la Presidenta de la Comunidad de Madrid contra las leyes de reconocimiento de la diversidad sexual: “Ayuso reconoce de nuevo que hay artículos de la Ley LGTBI que no le gustan aunque garantizará su cumplimiento. Ha criticado que la izquierda se arrogue unas “banderas y mantras” con los que intenten “colectivizar y dividir y empobrecer”; mientras la capital es “la más abierta, plural y tolerante de todo el país”. *Europapress* 2022: <https://www.europapress.es/madrid/noticia-ayuso-reconoce-nuevo-hay-articulos-ley-igtbi-no-le-gustan-garantizara-cumplimiento-20200220105853.html>.

²³ De nuevo, se permita la remisión a A. AGUILAR CALAHORRO, “El sujeto de derecho en la sociedad del consumo: el ciudadano como consumidor”, *cit.*

Puede argumentarse y debatirse que crear políticas específicas para integrar ese tipo de diversidad o ese tipo de violencia sea más o menos efectivo, pero no se puede negar la existencia de colectivos específicos bajo un manipulado concepto de “colectivización”.

La toma del Capitolio supone un ejemplo más de cómo determinadas convicciones subjetivas creen fundamentarse en un valor objetivo constitucional, pero su incorrecta apreciación es fácilmente observable al constatar que enarblando un valor (la democracia y la soberanía) se actúa exterminando el propio valor: el democrático, o al menos el resto de las opciones democráticas que no son las propias. Una comprensión incorrecta, una apropiación, del valor de la democracia constitucional fundamenta un acto contra el propio valor democrático, que se ampara en una comprensión de aversión hacia el otro. Los asaltantes del Capitolio pensaban, azuzados por *fake news* y comunidades de redes sociales, que defendían la democracia cuando asaltaban y paralizaban la sede de la democracia.

El problema de la “guerra de valores” a nivel interno no es que traten de encajarse dentro del valor democracia, igualdad o Estado de Derecho concepciones diversas, sino que se niegue la existencia de ese valor a concepciones ajenas, y ello subvierte el propio concepto de valor normativo.

En medio de la confrontación interna y externa por hacerse con el contenido de valores universales o particulares, aparece, además, un tercer actor “híbrido²⁴”. Un actor que actúa en el ámbito “glocal²⁵”, tanto externo como interno: las compañías tecnológicas y los prestadores de servicios de internet. Particularmente, las plataformas digitales y redes sociales configuran un ecosistema social y económico global, y en este ecosistema sirven de

²⁴ Sobre la evolución del concepto guerra híbrida y actor híbrido, merece la pena el análisis de F. J. QUIÑONES DE LA IGLESIA, “Una revisión del concepto «guerra híbrida/actor híbrido»”, *bie3: Boletín IEEE*, n. 20, 2020, p. 672-686: «La GZ [“zona gris” que separa la zona negra - guerra - y la zona blanca -paz-] es generada por el actor híbrido que se mueve y actúa con impunidad entre sus imprecisos límites puesto que es él quien los establece. Como en un genuino proceso de conducción de la batalla, el actor híbrido modula el alcance de la GZ en tiempo, espacio y dominio. Del mismo modo, en beneficio de sus objetivos estratégicos, puede introducir discontinuidades en el proceso, lo que resulta evocativo del mencionado término “operaciones no lineales” empleado por la doctrina rusa. Podemos comprobar cómo encajan las piezas del puzzle conceptual».

²⁵ R. ROBERTSON, “Glocalización: tiempo-espacio y homogeneidad-heterogeneidad”, en J. C. MONEDERO, *Cansancio del Leviatán: problemas políticos de la mundialización*, Madrid, Trotta. 2003.

escaparate de las “alternativas” en materia de valores al tiempo que desarrollan y apuestan por sus “propios valores”.

En la Sociedad digital, plataformas digitales y servicios que en ella operan se convierten en canal de *fake news*, desinformación, postverdad, hechos alternativos... se convierten en herramientas de *soft power*²⁶ en la guerra de valores entre potencias y entre grupos sociales. El reconocimiento reciente del rol nocivo que pueden jugar en la desestructuración de los sistemas constitucionales, al mismo tiempo, ha supuesto un impulso para que las redes y sus compañías elaboren sus propios listados de valores. Valores que coincidiendo en su denominación con los valores constitucionales, sin embargo, son producto de la autorregulación, y por tanto, son también apropiaciones que reflejan los intereses económicos de las principales compañías.

2 LA IMPLANTACIÓN DE VALORES EN EL CIBERESPACIO

2.1 EL TIEMPO DE LOS VALORES: UN PODER IDENTIFICABLE...

La aparición del ecosistema conformado por el ciberespacio ha sido el detonante de la crisis de los valores constitucionales.

El Ciberespacio ya no es internet, sino un ecosistema conformado por una caótica conciencia colectiva²⁷ en la que interactúan millones de usuarios, empresas, gobiernos... Era en su primera versión un caos neutro por el que circulaban datos digitales que analógicamente convertidos reflejaban a una sociedad global heterogénea. Pero ahora ese “caos”, ha sido monetarizado en oportunidades de negocio nunca vistas, se ha convertido en un enjambre donde hay algunas abejas reinas identificables.

Las compañías tecnológicas que operan en el ciberespacio ofreciendo plataformas digitales son las mayores en volumen de negocio y riqueza a nivel global. Se han convertido, por tanto, en un poder en sí mismas, más que en instrumentos o procedimientos de conexión del ecosistema. Se identifican por

²⁶ J. S. NYE. Jr. “Soft Power”, *cit.*, pp. 153-171.

²⁷ El concepto proviene del término “Inteligencia colectiva” de P. LÉVY, *Inteligencia colectiva: por una antropología del ciberespacio*, (trad. F. Martínez Álvar), Biblioteca virtual em saúde, Washington, 2004, disponible en <https://ciudadanosconstituyentes.files.wordpress.com/2016/05/lc3a9vy-pierre-inteligencia-colectiva-por-una-antropologc3ada-del-ciberespacio-2004.pdf>.

tanto con un conjunto de oligarcas tecnológicos que dominan en una Sociedad digital globalizada y que ostentan un poder insólito.

Nos interesa destacar que estas compañías dueñas de las principales plataformas, buscadores y redes sociales han permitido ahora identificar en la red un poder real, material y formalmente hablando. Un poder identificable al que aplicar los mecanismos clásicos de Derecho público para su ordenación y limitación. Por ello no debe extrañar que hayan sido el actor decisivo para la declaración de la guerra de valores. Ahora más que nunca hay una cabeza visible que puede ser limitada (pues ninguna compañía querría quedar al margen del sistema jurídico o financiero de las principales potencias económicas) imponiendo principios y valores que configuren una arquitectura del ciberespacio²⁸.

Es por tanto ahora cuando se ha abierto la confrontación sobre los valores que deben regir en este ciberespacio, la elección y definición de un marco de valores que se imponga a este poder, ahora identificable, y dé forma a la arquitectura del ciberespacio²⁹. La importancia de esta operación jurídica es extraordinaria, pues los valores a los que se ajusten los operadores del ciberespacio habrán de convertirse en valores globales.

2.2 EL TIEMPO DE LOS VALORES: ... Y LIMITABLE MEDIANTE MECANISMOS JURÍDICOS

Estos valores pueden tener un contenido y configuración constitucional, pues en cierto sentido se ha comenzado a construir un metarrelato constitucional del ciberespacio.

La red 1.0 nació basada en un principio de libertad cuasi absoluta, su arquitectura esencial. El principio que ha orientado la arquitectura de internet

²⁸ Por todos L. LESSIG, *El código 2.0*, (trad. VV), Traficantes de Sueños, 2009, disponible en <http://www.articaonline.com/wp-content/uploads/2011/07/El-c%C3%B3digo-2.0-Lawrence-Lessig.pdf>.

²⁹ Preferimos el término Ciberespacio al de Internet o Sociedad digital, pues este se refiere en su conjunto a mucho más que las redes o las compañías que en ellas actúan, se refieren plenamente al ecosistema en el que interactúan inteligencia humana e inteligencia artificial. Como señala Pierre Levy "El ciberespacio designa en ella el universo de las redes numéricas como lugar de encuentros y de aventuras, meollo de conflictos mundiales, nueva frontera económica y cultural. Existe en la actualidad en el mundo una profusión de corrientes literarias, musicales, artísticas, incluso políticas, que se reclaman de la "cibercultura". El ciberespacio designa menos los nuevos soportes de la información que los modos originales de creación, de navegación en el conocimiento y de relación social que ellos permiten". P. LÉVY, *cit.*

(el “principio de comunicación *End to End*”)³⁰, determinaba que las redes deberían construirse con la mayor simplicidad posible en su arquitectura, transfiriendo toda la inteligencia que se necesitase a los extremos de la red, o puntos. Los Protocolos TCP/IP, los principios de la red del 95, tenían como única función la distribución optimizada de paquetes de datos. La red nace por tanto de un principio, digamos, *iusnatural* de libertad³¹. Son los extremos de la red, las intranets, los puntos de acceso, las plataformas y prestadores de servicios de internet, los que establecen controles y restricciones a este espacio (identificación, límites de contenidos, geolocalización...). Sobre la libertad *iusnatural* de la red, ese espacio neutro de comunicación, se aplican capas de identificación y condiciones de acceso y navegación, las capas impuestas por los Proveedores de internet, las aplicaciones, las plataformas digitales. Si un actor, en este espacio de libertad, quiere convertirse en usuario de una aplicación o recibir algún servicio de gestión, usuario de Facebook o YouTube o gestionar sus comunicaciones a través de Hotmail, debe “pactar” - y la palabra pacto tiene un contenido constitucional -, dar su consentimiento al “pacto ‘red’ social” con unas condiciones que limiten su libertad a cambio de permitirle formar parte de la comunidad política-digital a la que accede. Y es la voluntad expresa del ser humano el hecho que limita su libertad para convertirse en “ciudadano-usuario” de la plataforma o el servicio, y gozar de los derechos privados subjetivos y los deberes propios de la pertenencia a la Comunidad o red o servicio.

Pero aquí acaba el metarrelato constitucional. El “pacto-red-social” de los cibernautas tiene naturaleza privada, mercantil, y los derechos de los usuarios no son derechos públicos subjetivos ni libertades públicas, sino derechos de consumo o uso: contratos de prestación de servicios (correo electrónico, tv, *streaming*, música, redes sociales...). Un pacto que no es constituyente, sino un contrato de adhesión regido por el Derecho privado. Y sin embargo, permiten a las grandes plataformas y los proveedores de servicios controlar la identidad, el contenido, y la actividad de los cibernautas, una vez que el ser humano libre pasa a convertirse en usuario. Éstos son por tanto los que controlan la actividad en la red, el comercio, la libertad de expresión, por medio del pacto,

³⁰ L. LESSIG, *cit.*, p. 188-189.

³¹ Véase en este sentido la decisión fundante de la libertad del ciberespacio, la Sentencia del Tribunal Federal del Distrito de Pensilvania, asunto *ACLU v. Janet Reno*, 96-963, de 11 de junio de 1996.

de la voluntad, que limita el acceso o le impone reglas a la libertad *iusnatural* de navegación diseñada inicialmente.

Por ello, desde los años 90 la regulación pública ha tratado de establecer límites a la autonomía de la voluntad que rige entre las plataformas y los usuarios. Para preservar la libertad se ha regulado un “Código” que limita la autonomía de las compañías estableciendo mecanismos de equilibrio entre las partes (el prestador de servicios de internet y el usuario) y obligaciones a las plataformas (retirada de contenidos, control del derecho de propiedad intelectual...). Un conjunto de normas que asemejan a un proceso de codificación legislativa propia del siglo XIX, pues plantea problemas constitucionales en un doble sentido.

Primero su limitada eficacia territorial. Los códigos estatales son diversos y heterogéneos. La regulación estatal se limita a su ámbito territorial, por lo que su influencia sobre la arquitectura del ciberespacio es limitada. Es más, la influencia de las normas estatales se mide en términos de repercusión económica sobre las plataformas «cuanto más dinero hay en juego, menos inclinados se muestran los negocios (y sus patrocinadores) a asumir los costes de promover una ideología» contraria a las normas impuestas³². Parafraseando a Lessig, esta codificación llega a tener importancia para el Derecho por su capacidad para definir la conducta a una escala masiva³³, por tanto, sólo regulaciones de tipo supranacional tienen suficiente peso para alterar la arquitectura del ciberespacio e influir en otros espacios territoriales por voluntad de las plataformas.

En segundo lugar, el carácter público o privado de las normativas. En mi opinión no puede tratarse a las compañías como meras partes de un contrato privado. El contenido de las normas debe utilizar herramientas propias de limitación del poder público. No deberían abordarse estos problemas con los elementos jurídicos propios del Derecho del consumo, pues las plataformas también toman decisiones ideológicas y son actores de la guerra de valores. El escándalo de *Cambridge Analytica* es un ejemplo de ello³⁴: cómo las redes

³² L. LESSIG, *cit.*, p. 131.

³³ *Ibidem*, p. 199.

³⁴ Por todos, B. ADSUARA VARELA, “La protección de datos en los procesos electorales: ¿Qué ocurrió en el caso Cambridge Analytica?, La crónica del ‘Cambridge Analytica’ español”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 88, 2020, p. 152-163.

pueden tomar partido, por intereses meramente económicos y mercantiles, en un proceso electoral democrático y cómo pueden determinar el resultado mediante la minería de datos. Dado que las consecuencias de sus actos pueden interferir en la determinación de la voluntad pública democrática, la normativa reguladora debería disponer herramientas de naturaleza constitucional. Lo relevante es cómo las decisiones internas de las plataformas en sus relaciones con sus usuarios (los algoritmos, la publicidad y contenidos recomendados, la aplicación de las normas estatales de control de contenidos y expresiones) pueden influir en la esfera pública. Por ello es imprescindible someter a límites la propia actividad de las plataformas, no sólo en sus relaciones comerciales con sus usuarios, sino también las propias decisiones que toman a nivel interno.

En este sentido desde los estados con capacidad para ello, y desde los organismos supranacionales como la Unión Europea, se está tratado de limitar el poder de las compañías mediante normativa supranacional que trata de conjugar el lenguaje privatista con fines *iuspublicistas*. Y al mismo tiempo, la presión social y de los gobiernos ha producido que las propias plataformas amplíen los términos de sus contratos hacia una regulación propia.

3 VALORES DIGITALES DEL CIBERESPACIO

3.1 VALORES FRUTO DE LA AUTORREGULACIÓN: VALORES AUTÓNOMOS

Dado que las compañías y plataformas digitales son actores de la guerra de valores, y dada la presión social sobre la opacidad con la que toman decisiones internas, las plataformas han comenzado a elaborar sus propias tablas de valores. Valores basados en el constitucionalismo liberal (libertad de expresión, dignidad, autonomía individual) pero interpretados de forma particular y privada. Son valores fruto de la autorregulación, que son aplicados e interpretados por entes autónomos pertenecientes a las propias compañías: “valores autónomos”.

La eficacia del sistema es la nueva piedra angular sobre la que se asientan los valores autónomos de las redes sociales. Para la red social Facebook, por ejemplo, la funcionalidad de la red consiste en hacer que los usuarios “sientan que pueden comunicarse”, “compartir sus experiencias, conectar con amigos y familiares, y crear comunidades”. Ese es el objetivo que expresa Facebook en sus “Community standards”, su finalidad, y desde este valor absoluto

han derivado valores y principios secundarios: “un conjunto de Normas comunitarias que describen qué está permitido y qué no en Facebook”³⁵.

De modo que Facebook parte de un valor colectivo: la gente quiere comunicarse y expresar opiniones e ideas entre ellos, y de este valor se diseñan unos principios, “Nuestras Normas comunitarias”, que permiten “que las personas puedan tratar abiertamente los temas que les interesan, incluso si los demás no están de acuerdo o los consideran inapropiados”. El valor principal por tanto es comunicativo, la libertad de expresión vendría a jugar el rol de valor constitutivo de la red social. Y este valor se desgranaría en los siguientes principios: Autenticidad de la información, Seguridad³⁶, Privacidad y Dignidad.

Otro tanto sucede con Twitter o Google³⁷, si bien las de Facebook, a la vista de los recientes escándalos y del protagonismo de su Ceo parecen ser las más exhaustivas y desarrolladas.

Lo relevante es que estos principios y valores son controlados e implementados por mecanismos técnicos. La ingente cantidad de información que manejan las plataformas digitales hacen imposible que pueda evaluarse el comportamiento de los usuarios de la Comunidad por mecanismos manuales, por lo que quedan en manos de la inteligencia artificial y los algoritmos diseñados por la propia compañía, algoritmos que, sin embargo, deben hacer una interpretación y aplicación de Derecho³⁸. Junto a esta forma ordinaria de aplicación de los valores de Facebook, las redes sociales como Facebook o

³⁵ <https://www.facebook.com/communitystandards/introduction>.

³⁶ Violencia y comportamiento criminal: Violencia e incitación, personas y organizaciones peligrosas, Organización de actividades nocivas y publicidad de la delincuencia, Bienes regulados (prohibición de compraventa de drogas, armas de fuego, etc. Y vigilancia sobre los fraudes y estafas), se prohíben comunicaciones que inciten a: suicidio y autolesiones, Explotación sexual, abuso y desnudos de menores, Explotación sexual de adultos, Bullying y acoso, Explotación de personas, Vulneraciones de la privacidad y derechos de privacidad de imágenes.

³⁷ Como puede leerse en las directrices de la plataforma de Twitter: “En Twitter, defender y respetar la voz de los usuarios es uno de nuestros valores fundamentales. Este valor constituye un compromiso que consta de dos partes: cuidar la privacidad y la libertad de expresión. La transparencia también es un aspecto importante de este compromiso. Teniendo en cuenta lo anterior, Twitter desea compartir públicamente cómo se traduce este valor fundamental en nuestras decisiones”. Disponible en <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/defending-and-respecting-our-users-voice>. Mucho más prudentes son los tres valores de Google: Respeto al usuario, respeto a la oportunidad y respeto a los demás.

³⁸ F. BALAGUER CALLEJÓN, *La constitución del algoritmo*, en prensa.

Tweeter, han creado además un “Consejo Asesor de Contenido” o “Consejo asesor de privacidad” que ayudan a la aplicación de estos valores, concretados en principios y en reglas (prohibiciones), para decidir en determinadas ocasiones qué contenido eliminar.

Estos consejos de contenido tiene como misión garantizar el respeto a la libertad de expresión mediante un juicio independiente. Sus decisiones de ratificar o revertir las decisiones de contenido serán vinculantes, lo que significa que deberán implementarlas, a menos que hacerlo suponga el incumplimiento de la ley. Cuando el consejo revisa contenido y toma una decisión al respecto, lo hace sobre la base de las políticas de contenido y los valores que las sustentan, sus valores autónomos.

Por supuesto estos mecanismos ofrecen multitud de dudas a nivel jurídico y de eficacia: no son un tribunal; se traslada a la compañía privada decisiones que tienen una relevancia jurídico-pública obvia; y sobre todo, como ha señalado Nicolas Suzor, plantean claros problemas de tutela judicial efectiva³⁹. Pero estos problemas excenden el motivo de nuestro discurso.

3.2 VALORES PÚBLICOS DEL CIBERESPACIO: EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD COMO AXIOMA DE UNA REGULACIÓN DEL MERCADO

Las regulaciones públicas sobre las plataformas se basan en definir un espacio de neutralidad que permita el libre mercado, al tiempo que compensen normativamente la carencia de responsabilidad de las plataformas. El ciberespacio se ha construido desde el principio de libertad y neutralidad en la red para primar la libre expresión.

El principio rector del ciberespacio por antonomasia, aprobado por la legislación de los estados, es el principio de neutralidad de la red, desde este principio, se desarrollan el resto de derechos y obligaciones⁴⁰.

³⁹ N. P. SUZOR, *Lawless. The Secret rules that govern our digital lives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

⁴⁰ Véase J. F. SANCHEZ BARRILAO, “La neutralidad de Internet como objeto constitucional”, en J. Valls Prieto (Coord.) *Retos jurídicos por la sociedad digital*, Thomson Reuters / Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2018, p. 233-267. ID. “El futuro jurídico de Internet: una aproximación constitucional a la neutralidad de la red”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 26, 2016.

El principio de neutralidad de la red establece como regla general “que todos los contenidos que circulan por internet deben recibir el mismo trato y no ser discriminados por su origen, uso o aplicación⁴¹”. Con este principio los poderes públicos tratan de articular la arquitectura del ciberespacio conforme a un fin público general y abstracto, con el que recomponer (superponiéndose a intereses y actores particulares) la acción pública⁴². Y lo hacen orientando la actuación de los actores privados, poniéndole límites a los poderes privados, que configuran la arquitectura de la red, tratando de preservar la originaria neutralidad, su libertad, pero dejando las decisiones concretas en manos de las compañías privadas y exceptuando su responsabilidad.

El principio y fin de la neutralidad en la red es la libertad. La arquitectura del ciberespacio se ha desarrollado desde este “valor” universal. Y el principio de neutralidad le ha dado forma y contenido en la red desde que a principios del milenio la FCC estadounidense desarrolló las denominadas “cuatro libertades” de Internet: libertad de acceso a contenidos, libertad de uso de aplicaciones, libertad de conectar dispositivos personales y libertad de obtener información sobre el plan de servicio⁴³. Posteriormente gobiernos norteamericanos más progresistas trataron de dar un empuje a la dimensión de la responsabilidad en la red sobre la de la libertad, añadiendo nuevos principios como la no discriminación en relación con el acceso de otros proveedores de contenidos y aplicaciones y la transparencia sobre las prácticas de los proveedores⁴⁴. De modo que, como se observa, el valor libertad ha sido conjugado mediante el principio de neutralidad en un sentido eminentemente comercial, la libertad de mercado digital.

Será la regulación europea la que de manera más concreta conecte los derechos y deberes de los actores del mercado digital con los derechos fundamentales, de naturaleza pública⁴⁵. Se planteará un desarrollo de la

⁴¹ B. CALIFANO, “Políticas de Internet: la neutralidad de la red y los desafíos para su regulación”, *Revista Eptic Online*, v. 15, n. 3, 2013, p. 21.)

⁴² J. ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad (aproximación al trasfondo de la crisis)*, Madrid, Marcial Pons Esteve Pardo, 2013, p. 83.

⁴³ En los EEUU la FCC pasaría en 2005 a plantear ya las conocidas. Barri Trump.

⁴⁴ Por todos, véase J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, “El Internet en la era Trump: aproximación constitucional a una nueva realidad”, *Estudios en derecho a la información*, n. 9, 2020, p. 49-84.

⁴⁵ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

neutralidad en sentido “procedimental” invocando los principios de prevención y precaución⁴⁶ y conectando dicha neutralidad con una finalidad política.

Como ha afirmado Sánchez Barrilao, puede observarse una doble dimensión en el principio de neutralidad. Por un lado, una neutralidad sustantiva – o subjetiva –, basada en límites a la intervención de actores estatales y privados que impida la actividad, información y comunicación plural. Por otro lado, una neutralidad procedimental u objetiva, que supere la visión de la neutralidad privatista y comercial conectándola con garantías y principios constitucionales⁴⁷.

Esta segunda versión del principio de neutralidad implica conjugar dos dimensiones: la dimensión subjetiva de libertad de los actores, que debe presidir la acción en el ciberespacio; y la dimensión objetiva de la libertad en este espacio, que es una dimensión finalista, y que indica que la libertad en el ciberespacio no concluye con la libre competencia en el mercado, sino con la construcción de un mercado de “ideas”, plural, que permita la formación de la opinión pública como sujeto esencial de la democracia constitucional⁴⁸. Es decir, entraña una dimensión más profunda, una opción por un determinado sistema político y social, más allá de un mero “laissez faire”.

Pese a todo, esta dimensión objetiva de la neutralidad, como garante del pluralismo político e ideológico en una sociedad democrática, no ha terminado de desvincularse de la base del mercado y las relaciones privadas. No ha dado

⁴⁶ Véase el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, La Internet abierta y la neutralidad de la red en Europa COM (2011) 222 final.

⁴⁷ Cfr. J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, “El internet en la era Trump...” *cit.*: “es decir, que tal intervención pública en la red ha de llevarse a cabo garantizando que ésta se mantenga como un nuevo espacio digital y plural de expresión, comunicación e información de las personas, en aras de una neutralidad sustantiva o material sobre la red y sus contenidos, así como de las personas que los vierten y visitan” [...] “se va a requerir de cierta formalización de la neutralidad a fin de garantizar realmente la referida neutralidad material o sustantiva. O lo que es igual, la consideración de la neutralidad formal como proyección objetiva de la neutralidad material; en ambos casos, como nuevos principios constitucionales que se proyectan desde la base misma del Estado constitucional y democrático de derecho respecto del actual (pero cambiante) contexto tecnológico-digital que determina la comunicación (social, económica, política, jurídica y cultural) en el marco constitucional”.

⁴⁸ Estas dos dimensiones planean sobre todas las libertades comunicativas en su configuración constitucional. Véase al efecto, A. AGUILAR CALAHORRO, “El derecho fundamental a la comunicación 40 años después de su constitucionalización: expresión, televisión e Internet”, *Revista de Derecho Político*, n. 100, 2017.

el salto a su eminente configuración pública. Y así se advierte en la reciente (y aún no en vigor) *Digital Service Act* de la Unión Europea.

Este nuevo reglamento EU viene a desarrollar la anterior Directiva de comercio digital de 2000, pero sobre la base de sus principios. Por lo que sigue poniendo en el centro el mercado digital⁴⁹. Define unas responsabilidades claras, también en materia de rendición de cuentas, para los prestadores de servicios intermediarios, especialmente las plataformas en línea como los mercados y las redes sociales (obligaciones de diligencia en procedimientos de notificación y acción en relación con los contenidos ilícitos). Especialmente crea el derecho a impugnar las decisiones de moderación de contenidos de las plataformas, la obligación de crear Comisiones de asesoramiento de contenidos, con un nivel más alto de transparencia y rendición de cuentas para los procedimientos de moderación utilizados por los prestadores de dichas plataformas, para la publicidad y para los procesos algorítmicos.

Lo relevante del reglamento es que por primera vez entra de lleno en la limitación del poder directo de las compañías en el ecosistema: impone obligaciones de desarrollar herramientas de gestión de riesgos a fin de proteger la integridad de sus servicios frente al empleo de técnicas de manipulación para las principales compañías con más de cuarenta y cinco millones de destinatarios del servicio (el 10% de la población de la Unión).

El *Digital Service Act* europeo es un gran paso, no lo ponemos en duda, pues el lenguaje incipiente es el de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos considerados como límites frente al poder de las compañías, un lenguaje constitucional. Sin embargo, la idea de fondo no parece ser (antes de su entrada en vigor, repetimos) la de la ciudadanía que navega por un espacio público digital, sino la de los usuarios y consumidores de servicios que se relacionan con empresas mercantiles. La lógica es la misma

⁴⁹ Véase como ejemplo del espíritu de la Directiva (citada en nota 43) su Considerando 9: «La libre circulación de los servicios de la sociedad de la información puede constituir, en muchos casos, un reflejo específico en el Derecho comunitario de un principio más general, esto es, de la libertad de expresión consagrada en el apartado 1 del artículo 10 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, ratificado por todos los Estados miembros; por esta razón, las Directivas que tratan de la prestación de servicios de la sociedad de la información deben garantizar que se pueda desempeñar esta actividad libremente en virtud de dicho artículo, quedando condicionada únicamente a las restricciones establecidas en el apartado 2 de dicho artículo y en el apartado 1 del artículo 46 del Tratado. La presente Directiva no está destinada a influir en las normas y principios nacionales fundamentales relativos a la libertad de expresión».

que la de la Directiva de comercio electrónico del año 2000 cuyos puntos fuertes son el fomento de la autorregulación (artículo 16 de la Directiva), la solución extrajudicial de litigios (art.17) – dos elementos propios del Derecho de consumo – y la exención de responsabilidad de las compañías como contrapartida a su deber de neutralidad en los contenidos (art. 14)⁵⁰.

Esta conclusión no viene alterada con los esfuerzos que las Instituciones y gobiernos de la Unión están realizando desde la “Declaración de Tallin sobre administración electrónica de 2017”. En ella hay un compromiso de las administraciones de dar ejemplo en el desarrollo de un ciberespacio respetuoso con los derechos, pero en el que se desarrollan “los principios centrados en el usuario” de la administración pública y privada electrónica. La “Declaración de Berlín⁵¹ sobre Sociedad digital y gobierno digital basado en Valores”, de 8 de diciembre de 2020, es un ejemplo de cómo los principios y valores europeos que rigen el ciberespacio se establecen en el contexto del Mercado digital o la consideración de los ciudadanos como usuarios de servicios⁵² pese a sus 7 principios rectores de la Unión en la Sociedad digital⁵³. La consecutiva “Declaración de Lisboa sobre una democracia digital con propósito” de 2021, ha sentado las bases de la reciente propuesta de la Comisión de 8 enero de 2022 al Parlamento europeo y al Consejo sobre una “Declaración de principios y derechos digitales para todos en la Unión Europea”. Una declaración que utiliza un lenguaje posibilista, que tendrá sin duda impacto en la aplicación

⁵⁰ Por todas véase STJUE de 22 de junio de 2021, C-682/18 y C-683/18, *Frank Peterson*.

⁵¹ *Berlin Declaration on Digital Society and Value-Based Digital Government at the ministerial meeting during the German Presidency of the Council of the European Union on 8 December 2020*.

⁵² Como apunta la exposición de motivos de la declaración de Berlín, da seguimiento a la Declaración de Tallin sobre administración electrónica, que desarrolla “los principios centrados en el usuario”.

⁵³ Estos son: Vigencia y respeto de los derechos fundamentales y valores democráticos en el ámbito digital; Participación social e inclusión digital para dar forma al mundo digital; Empoderamiento y alfabetización digital, permitiendo a todos los ciudadanos participar en el ámbito digital; Confianza y seguridad en las interacciones del gobierno digital, lo que permite que todos naveguen por el mundo digital de manera segura, se autentiquen y sean reconocidos digitalmente dentro de la UE de manera conveniente; La soberanía digital y la interoperabilidad, como clave para garantizar la capacidad de los ciudadanos y las administraciones públicas para tomar decisiones y actuar con autodeterminación en el mundo digital; Sistemas centrados en el ser humano y tecnologías innovadoras en el sector público, fortaleciendo su papel pionero en la investigación sobre el diseño de tecnologías seguras y confiables; Una sociedad digital resiliente y sostenible, que preserve nuestras bases naturales de vida en línea con el Green Deal y utilice tecnologías digitales para mejorar la sostenibilidad de nuestros sistemas de salud.

jurídica europea, pero que vuelve a resaltar “un modelo de transformación digital que refuerce la dimensión humana del ecosistema digital y tenga como núcleo el mercado único digital”.

La centralidad del mercado, las relaciones de naturaleza privatista y consumo que presiden la normativa europea, son estrictamente (quizás en exceso) acordes con las competencias de la Unión y la base jurídica del reglamento: el artículo 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que atribuye competencias para la aproximación de legislaciones sobre el mercado interno⁵⁴. Y en este marco mercantilista, la Declaración de derechos y principios digitales de la Unión presenta una serie de “valores” en el sentido estricto del término, cuando señala en su cuarto considerando que el objeto es marcar las “intenciones políticas comunes” para gobiernos, empresas y agentes que actúan en el ciberespacio a la hora de desarrollar y aplicar nuevas tecnologías: la solidaridad y la inclusión, la libertad de elección, la participación en el espacio público digital, la seguridad, protección y empoderamiento, y la sostenibilidad, democracia, Estado de Derecho y justicia efectiva.

4 ¿ESTÁN CUMPLIENDO LOS VALORES DIGITALES UNA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL?

Una vez hemos expuesto las diversas versiones de los valores en el espacio digital, debemos volver a la idea principal de este texto: la guerra de valores que se está afrontando en el ámbito global *off line* con reflejo, y quizás causa, del poder *on line*.

La pregunta obligada es ¿están cumpliendo estos valores una función constitucional? Y ¿pueden los valores constitucionales trasladarse al ámbito *on line*?

4.1 LA CONFIGURACIÓN DE LOS VALORES CONSTITUCIONALES

En unas condiciones socio-políticas globales de crisis, los valores jurídicos, como señaló Gustavo Zagrebelsky, como «elementos creativos que expresan

⁵⁴ Conforme al artículo 114.1 TFUE: “Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, se aplicarán las disposiciones siguientes para la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 26. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior”.

por ello no el Derecho, sino una “política del Derecho”», encuentran un terreno fructífero y se hacen necesarios como antítesis al «normativismo clásico», pues «cuando en determinadas situaciones “calientes” chocan necesidades regulatorias plurales con puntos de vista todos dignos de reconocimiento, el Derecho mediante reglas no es adecuado para gobernar la complejidad, y el Derecho por principios se vuelve necesario. No es casualidad que se desarrolle particularmente en las sociedades llamadas pluralistas y con respecto a temas en los que se entrelazan derechos, intereses, ideologías y aspiraciones en conflicto⁵⁵».

La batalla axiológica puede significar que estos son más necesarios que nunca para erigirse en fundamento de un nuevo espacio global e interconectado. Pues los valores cumplen una finalidad integradora⁵⁶, como «meta normas⁵⁷». Sirven, como señalará Gustavo Zagrebelsky, como criterios de validez de la acción o del juicio dirigido al resultado, no como criterios de acción o de juicio en sí mismos⁵⁸.

Pero para que cumplan esta función los valores deben configurarse objetivamente en términos jurídicos, pues al ser realidades demasiado abiertas que requieren concreción, pueden dar paso, como hemos visto, a la interpretación subjetiva.

La guerra de valores, tanto a nivel interno como externo, como guerra de todos contra todos, devuelve el concepto de valor constitucional a la acepción negativa, subjetivizada, utilizada por Carl Schmitt: una «promiscuidad de los valores». Se trata de un concepto en el que los valores se hacen valer, no en nombre de alguien, sino siempre «contra alguien». El célebre autor, en su alegato contra *La tiranía de los valores* señaló los riesgos a la hora de dar contenido a estos “valores”, lo que puede entrañar una “guerra de todos contra todos por imponer la validez propia». Los valores siempre valen para alguien, pero también, y esto es lo fatal «también valen siempre contra alguien» o

⁵⁵ G. ZAGREBELSKY, «Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)», *Quaderni Fiorientini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 31 (2), 2002, p. 865 y ss.

⁵⁶ G. PECES BARBA, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 50 y ss.

⁵⁷ N. BOBBIO, Voz «Norma», *Enciclopedia de Einaudi*, tomo IX, Turín, 1980.

⁵⁸ G. ZAGREBELSKY, «Diritto per: valori...», *cit.*

dicho de otro modo «la negación de un valor negativo es un valor positivo» dependiendo de quién considere uno u otro⁵⁹.

Precisamente contra esta naturaleza subjetiva redactó José Ortega y Gasset el ensayo *Introducción a una estimativa. ¿Qué son los valores?*, que causó una honda impresión en la época en la que publicó por primera vez su ensayo en la Revista de Occidente (1923). Su encuadre de los valores en la objetividad y su tratamiento matemático supuso un avance frente a las «ideologías» positivistas y el nihilismo del siglo XIX. Ortega trata de reconstruir la teoría de valores desde parámetros objetivos, no como «una *quaestio facti* sino una *quaestio juris*. La cuestión del valor es la cuestión de derecho por excelencia [...] no son pues los valores un don que nuestra subjetividad hace a las cosas, son una extraña, sutil casta de objetividades que nuestra conciencia encuentra fuera de sí, como encuentra los árboles y los hombres». Los valores, en resumen, no son cosas en sí mismas, sino que se presentan como «cualidades de las cosas»⁶⁰.

⁵⁹ C. SCHMITT, “La tiranía de los valores”, *Revista de estudios políticos*, n. 115, 1961, p. 65-82, [Trad. A. Schmitt de Otero]. En él, de forma demoledora, alegará que el término «no es exclusivo del vocabulario de Hitler, el cual aludió con frecuencia e insistencia al valor». Para este autor se pasa por alto el límite establecido anteriormente a la filosofía de valores por el que «las cosas tienen un valor, las personas tienen una dignidad. Valorar la dignidad se consideró indigno. Hoy día, en cambio, también la dignidad se ha convertido en un valor por obra y gracia de la filosofía de valores [...] Hay que tener en cuenta que el valor, según la filosofía de valores, no tiene un ser, sino una validez. El valor no es, sino vale. Algunos hablan del ser ideal de los valores, pero no es necesario profundizar en semejantes matices porque, de todos modos, el valor, como tal, no es, sino precisamente, vale. El valor, sin embargo, implica un afán muy fuerte a la realización, como veremos más adelante. El valor tiene realmente ansia de actualización. No es real, pero está relacionado con la realidad y está al acecho de ejecución y cumplimiento». «Hay filósofos de los valores objetivos que opinan que la vida física de los hombres actualmente vivientes no es el valor supremo, y, por consiguiente, no tienen reparos en aplicar los medios de destrucción de la ciencia y técnica moderna para imponer aquellos valores supremos; y hay otros filósofos que sostienen que es un crimen destruir la vida humana por supuestos valores mayores», p. 74.

⁶⁰ J. ORTEGA Y GASSET, “Introducción a una estimativa. ¿Qué son los valores?”, en ID. *Obras completas*, tomo 6, Alianza Editorial, Madrid, 1983, pp. 315-335. Como señaló el filósofo español, la filosofía positivista de los puros hechos o de los fenómenos ha tendido a observar los valores como apreciaciones subjetivas y por tanto difícilmente generalizables, fatigosamente trasladables a enunciados jurídicos, y menos aún capaces de generar juicios no discrecionales. Como criticó Ortega «el positivismo hace de las cosas circundantes un conglomerado de sensaciones y nada más» por lo que prescinde de que el conocimiento de los objetos pueda ser una experiencia preexistente al propio sujeto y su aproximación al mismo. y ello conduce a que desconozca «el fenómeno mismo que quisiera explicar». De modo que una aproximación positivista al fenómeno de los valores difícilmente puede concebir el objeto científico como un a priori o un contrario del acto normativo o de la voluntad del poder, sino como mera «emanación de aspiraciones personales, del sentimiento o apetito subjetivo». Para un resumen de los problemas de la pre-comprensión en la metodología positivista me remito a A.

Los debates jurídicos sobre los valores han girado en torno a dos cuestiones. La primera marcada por la relación entre la moral y el Derecho: si derivan los valores de una moral intrínseca al Derecho (Fuller⁶¹), si se deducen del propio Derecho (Dworkin⁶²) o si no son más que reglas positivas abiertas (Hart⁶³). En segundo lugar, en tanto que normas abiertas, quién debe ser el encargado de concretarlos en el caso: si el legislador democrático (Habermas⁶⁴) o el juez, y si fuera este último, si debe tratarse de un juez al que la norma atribuye postestad para producir normas (piénsese en la justicia constitucional como legislador negativo en Hart o Kelsen⁶⁵) o un juez que mediante su motivación sirva de nexo entre la norma y la realidad social (Dworkin y Ross⁶⁶). Este segundo debate es el que interesa a su utilidad para una construcción jurídica en el ciberespacio.

Frente a la utilidad de los valores constitucionales en el mundo jurídico no son pocas las voces críticas. Son sonados los debates a raíz de la sentencia *Lüth* del Tribunal Constitucional Federal Alemán, en la que se concede eficacia indirecta a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares conforme a un orden de valores objetivo: “Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental

AGUILAR CALAHORRO, “Dogmática jurídica y epistemología científica: métodos de investigación en el Derecho constitucional”, *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, n. 10, 2019, p. 147 y ss.

⁶¹ L. L. FULLER, “Positivism and fidelity to law: a reply to profesor Hart”, *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, 1958, p. 630-672.

⁶² R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, [trad. M. Guastavino], Ariel Barcelona, 7 ed. 2009.

⁶³ H. H. L. HART, *El concepto de Derecho*, [Trad. G. R. Carrió], Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 155 y ss.

⁶⁴ J. HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos del discurso*, [trad. M. Jiménez Redondo], Trotta, Madrid, 5 ed. 2008.

⁶⁵ H. L. HART, *Post scriptum al concepto de derecho*, en P. A. Bulloch y J. RAZ (Eds.), [Trad. R. Tamayo y Salmorán], UNAM, México, 2000. ID. *Positivism and the Separation of Law and Morals*, *Harvard Law Review*, n. 71, 1957.

⁶⁶ H. KELSEN, «Alf Ross. Una teoría ‘realista’ y la teoría pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: sobre el derecho y la justicia», en P. Casanovas y J. J. Moreso, *El ámbito de lo jurídico*, Mondadori, Barcelona, 1994. ID. *Esencia y Valor de la Democracia*, [Trad. R. Luengo Tapia y L. Legaz Lacambra], Comares, Granada, 2002. A. ROSS, *Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho*, 1ª edición en castellano, [Trad. J. Barbosa], Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.

se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho”⁶⁷.

Se ha expresado que si los derechos constitucionales incluyen un orden de valores, y si los valores son por definición disposiciones abiertas, abstractas, requeridas de concreción, la constitución no podría cumplir su primera función, limitar al poder, sino que por el contrario ampliaría el poder y su acción tanto como la propia interpretación de cada valor. Se ha dicho también que la constitución no puede ser un marco abstracto, por mor de los valores, un huevo cósmico ni un supermercado en el que pueda elegirse el contenido concreto, sino un límite conciso a la actuación del poder, pues sólo así puede encontrar normatividad⁶⁸.

El problema de los valores es su propia apertura: son normas abiertas, abstractas, difíciles de concretar, y por tanto que dejan en manos del juez una inmensa discrecionalidad cuando son utilizadas como mecanismo de resolución de conflictos⁶⁹. Por ello se ha argumentado en esencia que no es al juez al que compete determinar el contenido de los valores, sino al legislador democrático, y que el juez debe quedar sometido a la ley, a esa voluntad democrática⁷⁰.

Por ello el fenómeno de la aparición de los valores en el Derecho, asumido por el positivismo crítico, se ha llegado a considerar como una afrenta o límite a los procedimientos de deliberación democrática en favor de una «auto comprensión metodológica de los jueces» basada en «una teoría de los valores». Una teoría que pone en manos de los tribunales todo un arsenal de competencias decisorias abiertas o «discrecionales» (en la acepción de Hart) para concretarlos en el litigio determinado al ser innegablemente abiertos, pues «los valores fijan relaciones de preferencia que dicen que determinados bienes son más atractivos que otros; de ahí que nuestro asentimiento a los enunciados

⁶⁷ Sentencia del Tribunal constitucional alemán BVerfGE 7, 198 de 15 de enero de 1958.

⁶⁸ E. FORSTHOFF, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, CEP, 1975, pp. 124-125 y 257-263. J. ISENSEE, «El pueblo fundamento de la Constitución», *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*. n. 6, 2005, p. 335-453.

⁶⁹ H. L. A. HART, *Post scriptum al Concepto del Derecho*, en la obra del mismo nombre de P. Bulloch, y J. Raz, (eds.) Ciudad de México, UNAM, 2000, p. 269.

⁷⁰ J. HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, cit., p. 338 y 349.

valorativos consienta grados» y produzca una necesaria competitividad entre ellos, requerida de ponderación judicial⁷¹.

De modo que la teoría de los valores, según tales críticas, supone una revalorización de la judicatura frente al legislador y asumir que, la decisión jurisdiccional basada en valores se vuelve discrecional y no sujeta a «Derecho».

Estas dicotomías se basan en el fondo, según Habermas, en una confusión: «el problema propiamente dicho es la asimilación de los principios jurídicos a los valores⁷²». Zagrebelsky establecerá una sutil diferencia entre valores y principios. En un Derecho “dúctil”, como el del ciberespacio, la distinción entre valores y principios permite configurar un tridente secuencial entre valores-principios-reglas: un nexo constitutivo de la validez del Derecho, un axioma «que precede incluso al Derecho constitucional puesto», el propio poder de hacer una Constitución⁷³. Los valores vienen concretados mediante principios, y los principios mediante las reglas. Los principios orientan la acción mediante un resultado, pero los valores legitiman la propia acción. Por eso los valores son una concreción de la conciencia colectiva, de la conciencia de la comunidad que legitima el afán o necesidad de convivir.

Desde el germen de la Declaración Universal de Derechos, los valores se constitucionalizaron como nexo de unión entre la filosofía, la política, la conciencia de la comunidad y los sistemas jurídicos. Supusieron un corrector introducido por el positivismo crítico de posguerra. Tras la segunda Guerra mundial los valores constitucionales representaron el nexo de unión entre el ámbito de lo *iusnatural* y el ámbito positivo. Entre lo político y lo jurídico. Entre la conciencia de la comunidad y la efectividad del Derecho.

⁷¹ J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., p. 326 y ss. Habermas considera que la crítica a la teoría de los valores hierra al confundirlos con los principios. No obstante, preferirá ordenar el procedimiento discursivo democrático, los procedimientos de democracia deliberativa, más que sujetarlos a valores predeterminados centrándose en los procedimientos y derechos que permiten el debate democrático. En un sentido similar, aunque volcado en el papel de la Justicia Constitucional, ver J. H. ELY, *Democracia y desconfianza: una teoría del control de constitucionalidad*, [Trad. M. Holguín], Siglo del Hombre Editores, Santafé de Bogotá - Universidad de los Andes, 1997. Ver R. ALEXANDER, «Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad», en F. Fernández Segado (dir.), *The Spanish constitution in the European constitutional context*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 1505.

⁷² En referencia a las críticas de Böckenförde a la metodología del Tribunal constitucional alemán refiriendo a la «tiranía de los valores» de Schmitt. J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., p. 328.

⁷³ *Il Diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992. Versión en español *El Derecho dúctil: ley, derechos y justicia*, Consejería de Cultura, Madrid, 1995.

En este sentido de cualidad de una cosa concreta, las constituciones normativas del siglo XX han generalizado la positivización de valores. El constitucionalismo normativo se encuentra caracterizado por estos valores y al mismo tiempo les concede una dimensión objetiva. Al positivizarse se convirtieron en normas, configurándose como una vía de escape para los tribunales, una guía para resolver lagunas, una herramienta para resolver momentos de crisis del Derecho en los que se legitimaba la hermenéutica judicial conforme a las necesidades sociales.

Los valores, permitieron, por un lado, conjugar el pluralismo político. Constituyeron elementos de identificación de la ciudadanía con la comunidad política, de integración de las diferentes opciones políticas, sociales, religiosas, vitales en un marco jurídico común tras el desastre de las Guerras. Un marco abierto que debía dar cabida a todas las opciones políticas y sociales para la reconstrucción de la Comunidad. Permitieron juridificar la integración social.

En el ámbito estrictamente jurídico aportaron una comprensión de los derechos fundamentales en un sentido integracional, no sólo como meros límites frente al poder público que preservase los espacios de libertad individual, sino como un marco de juego plural en el que podían integrarse todas las visiones sociales y que servían de catalizador entre el poder público y la ciudadanía⁷⁴. De esta forma el constitucionalismo comenzó a entenderse no como mero límite pasivo entre el individuo aislado y el poder público sino como un marco social requerido de acciones positivas por parte de los poderes públicos para alcanzar la integración social. Significó además abrir la puerta a la efectividad del Estado social y los derechos sociales, comprender al poder público como agente prestador de servicios, y traspasar el principio de igualdad formal hacia una comprensión de la igualdad material, traspasar el principio democrático como mero procedimiento hacia una comprensión de la democracia sustancial⁷⁵.

Los valores, en definitiva, son disposiciones jurídicas recién eclosionadas, incubadas en la dimensión política, económica, social, del tiempo que toca vivir cada generación. Producto de la inteligencia colectiva, fruto de experiencias

⁷⁴ Véase P. RIDOLA, "Garantías, derechos y transformaciones del constitucionalismo", *Revista Derecho del Estado*, n. 15, 2003. ID. *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Giappichelli, Turin, 1997.

⁷⁵ W. SADURSKI, "Law's legitimacy and democracy plus", *Oxford journal of legal studies*, v. 26, n. 2, 2006, p. 337-409.

colectivas traumáticas y necesidades comunes imperiosas. Cumplen una función: la reintegración de la sociedad tras momentos de crisis y ruptura, y por ello deben dirigirse a la integración del pluralismo social, a la construcción de una comunidad política plural. Parafraseando a Zagrebelsky, el valor “vale” como «autorización para la acción o juicio dirigido al resultado» (reintegrar a una sociedad fragmentada y reconvertirla en comunidad política) no son un mero «criterio para la acción y el juicio» sino la autorización para la acción destinada a un resultado. De ahí su “valor” para reintegrar a la comunidad en momentos de crisis.

Es necesario, no obstante, entender los valores desde una perspectiva jurídica objetiva, como Derecho positivizado. Los valores son disposiciones jurídico constitucionales que han de tener un significado concreto, objetivo, determinado. No son meras aspiraciones sociales o deseos humanistas. No puede ignorarse que en las constituciones donde los valores han sido positivizados se cierra la mitad de la polémica. Si el problema de la identificación de los valores se traslada al constituyente (al que no se priva de su función), su contenido se determina y dispone en la norma constitucional. El problema aparece posteriormente, es un problema de identificación e interpretación en el caso concreto. Y es en esta interpretación donde se presenta la otra mitad de la disyuntiva: si es el juez o el legislador democrático quien debe moldearlos para cada caso.

Pues bien, en un clima de guerra total sobre los valores que deben aplicarse en una esfera global como la digital, la objetividad de los valores es especialmente necesaria para integrar a las sociedades, para permitir la identificación de los actores con un proyecto político común, una Comunidad o cibercomunidad global. Esta labor de concreción de su contenido, de identificación del valor en un caso concreto, en épocas de crisis como la que estamos viviendo, no puede corresponder al juego democrático. El legislador no es, en mi opinión, una solución convincente para la concreción de los valores. En épocas de crisis, la representatividad política es la primera en resentirse, y la fragmentación social se termina traduciendo en una fragmentación política y en la aparición de extremos irreconciliables. De ahí la “guerra de valores”. Sobre un mismo concepto la idea de los valores constitucionales surge ahora diferentes y contradictorias comprensiones que llevan a una guerra cuerpo a cuerpo, entre convicciones íntimas y personales. En épocas de crisis, no se puede dejar la concreción de los valores en manos del legislador democrático

o del juego político, porque la consecuencia es una fractura del tejido social, de la comunidad, la expulsión de una parte de la sociedad o una visión determinada, lo que significa que se disuelven los propios valores y su función constitucional: integrar a la sociedad.

Preguntarse quién debe ser el guardián de los valores constitucionales es igual que preguntarse quién debe ser el defensor de la constitución. Y las opciones, la vía política de la representación del pueblo o la jurisdiccional con un tribunal especializado, son las mismas planteadas entonces por Schmitt y Kelsen⁷⁶. El intérprete de los valores en épocas de crisis en los que la comunidad global, el ciberespacio, se encuentra fragmentado, debe ser el juez, un tribunal, un órgano jurisdiccional.

Un ejemplo de la competencia funcional de los tribunales constitucionales en la concreción de los valores, de su funcionalidad para resolver conflictos en momentos de crisis sobre el caso concreto (y no de la política o el procedimiento democrático) y de los problemas de dejar su concreción a la política se encuentra, por ejemplo, en el ámbito de la UE: el caso Polaco de vulneración del valor constitucional del Rule of Law⁷⁷.

En la UE los valores del artículo 2 TUE son elementos jurídicos. Y tienen una eficacia jurídica real como valores. Son elementos que determinan quién pertenece a la Comunidad política. Aquellos estados que respeten tales valores

⁷⁶ H. KELSEN, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995.

⁷⁷ Ver Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 19 de octubre de 2018, Comisión/Polonia (C-619/18 R, no publicado, EU:C:2018:852), en la que la Vicepresidenta del Tribunal de Justicia estimó con carácter provisional la solicitud de suspensión cautelar de la entrada en vigor de los artículos 37, apartados 1 a 4, y 111, apartados 1 y 1 bis, de la nueva Ley del Tribunal Supremo, así como del artículo 5 de la Ley de modificación de 10 de mayo de 2018 y cualquier otra medida adoptada en aplicación de estas disposiciones que alteraba la edad de jubilación de los magistrados de los altos tribunales del Estado. En el caso Polaco de violación del Estado de Derecho, el TJUE terminó pronunciándose mediante sentencia de 24 de junio de 2019, en el asunto C-619/18, *Comisión c. Polonia*, ECLI:EU:C:2019:531 señalando: «La necesidad de independencia de los tribunales, inherente a la función jurisdiccional, está integrada en el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso equitativo, que reviste una importancia capital como garante de la protección del conjunto de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables y de la salvaguarda de los valores comunes de los Estados miembros proclamados en el artículo 2 TUE, en particular el valor del Estado de Derecho. Habida cuenta de lo anterior, las normas nacionales contra las que se dirige el recurso de la Comisión pueden ser objeto de control a la luz del artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo», párrafos 58 y 59.

pueden adherirse a la Unión, pues comparte una identidad sobre la que crear una comunidad política.

Además existe un procedimiento para alertar y sancionar a aquellos estados que los incumplan. El artículo 7 TUE. Este procedimiento permite la constatación de un riesgo o una violación de los valores. Pero es un procedimiento político: «el objetivo no debe ser imponer una sanción, sino encontrar una solución que proteja [los valores...] con la cooperación y el apoyo mutuo como elementos centrales y sin descartar una respuesta eficaz, proporcionada y disuasoria como último recurso». Pero Las unanimidades que exigen el procedimiento impiden en la práctica su eficacia. Es un procedimiento político a todos los efectos, diplomático, de negociación.

No puede depender de mayorías cualificadas en el Consejo Europeo, que correría el riesgo de imponer un contenido a los valores que dejase fuera a minorías culturales, pero al depender de la unanimidad en la práctica no es operativo, por ejemplo, en el momento actual y el caso de Polonia y Hungría.

Sin embargo, al trasladar el análisis de tales valores al ámbito jurisdiccional sí ha sido eficaz, al menos en la práctica. Véase al respecto, en defensa del valor Estado de Derecho, el auto del TJUE de 2018, por el que se suspende como medida cautelar la entrada en vigor de la reforma de la ley del Tribunal Supremo Polaco por la posibilidad de un inminente menoscabo, de los valores de la Unión, expresados y por sus efectos indirectos sobre el artículo 19 TUE en relación al artículo 47 de la Carta (derecho a la tutela judicial efectiva y un juez imparcial).

Debe destacarse que la acción del TJUE se fundamenta en última instancia y de forma expresa en el valor del “rule of law”. Y además debe destacarse que la argumentación llega a concretarse en el caso porque se realiza siguiendo una pauta ordenada como la que defiende Zagrebelsky en su tridente conceptual, el axioma valor-principio-derecho.

4.2. EPÍLOGO: ¿PUEDEN TRASLADARSE LOS VALORES CONSTITUCIONALES AL CIBERESPACIO?

Los valores constitucionales pueden y deben cumplir una función de integración de la Comunidad digital. Su función es precisamente la de permitir la identificación entre los ciudadanos (usuarios) y la Comunidad a la que pertenecen mediante normas de contenido suficientemente abiertas que den cabida a las diferentes opciones políticas. Al integrar los extremos en un valor

universal común legitiman los principios de funcionamiento del sistema y los procedimientos de toma de decisiones. Pero deben ser universales, o al menos, expresar la conciencia colectiva de la comunidad.

No dudo que los sistemas de Inteligencia Artificial podrán, en algún momento, identificar cuáles sean esos valores comunes a los actores del ciberespacio, que es ni más ni menos que la humanidad. No obstante, en los años 50 la Declaración Universal de Derechos Humanos pareció representar buena parte de esos valores globales. Podríamos estar de acuerdo en que la Declaración determinó unos valores universales que pueden considerarse germen, rizoma, de la comunidad política global.

El problema de estos valores universales, para ser considerados constitucionales, es que deben ser objetivados mediante mecanismos que permitan concretarlos en momentos de crisis. Su contenido debe ser concretable y determinable, y para ello se requiere autoridad y mecanismos de garantías. De lo contrario las diferencias ideológicas terminan por vaciar de significado su función constitucional, ser punto de encuentro de la Comunidad política plural.

La determinación de las cualidades de los valores constitucionales en un ciberespacio global o sus contenidos no puede atribuirse, en condiciones excepcionales de fracturación social e internacional, a órganos políticos, pues además de ser inútil a nivel interno, a nivel externo no existe foro legitimado para ello, con autoridad suficiente (seguimos lastrados por el principio de soberanía en un mundo polarizado). Y podríamos estar de acuerdo en que resulta disparatado atribuir este poder a órganos privados o a corporaciones mercantiles (consejos asesores de las plataformas) cuya aplicación y concreción se hace depender de órganos, comités asesores, sin independencia garantizada y sin respeto a los derechos procedimentales y sustantivos de la tutela judicial efectiva.

La opinión que aquí se expresa es que los valores constitucionales tienen relevancia para ordenar el ciberespacio. Pero su función integradora requiere de la implementación de medidas a nivel interno y a nivel externo.

A nivel externo, para que puedan cumplir una función integradora en el ciberespacio, quizás, su concreción y aplicación sí podría atribuirse a órganos jurisdiccionales a escala global. Ya existen Tribunales internacionales que cumplen esta función de resolución de controversias sobre la libertad de “navegar”, en un espacio libre y de todos. Imagínese un tribunal de este calado,

especializado, que garantice y defienda una world wide web “res communis omnium”. Autores propensos a remarcar el momento de decisión democrática sobre el judicial, como J. H. Ely, han concedido que el proceso judicial puede servir de marco dialéctico para concretar algunos elementos previos a todo sistema político. Considera que, el procedimiento jurisdiccional, puede servir de salvaguarda última para tomar decisiones sobre los elementos esenciales para el propio debate democrático como el derecho a la participación política o la libertad de expresión⁷⁸. Dos elementos claves para la cibercomunidad política.

Lo cierto es que los sistemas de garantía multinivel de los derechos están contribuyendo a concretar el contenido común de los valores constitucionales. Precisamente gracias a la jurisdicción de sus tribunales regionales, como la Corte Interamericana o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin duda están concretando poco a poco el contenido de los grandes valores universales de la Declaración Universal. Quizás por ello grupos y gobiernos partidarios de implantar valores particularistas autoritarios sientan como una amenaza externa la pertenencia a estos convenios regionales de garantía de los derechos humanos.

Un acceso a los tribunales, como sujetos con legitimación pasiva y activa, de estas compañías tecnológicas que dominan el ciberespacio y que superan con creces el poder económico y político de algunos de los estados adheridos a los convenios de derechos podría articular un sistema de valores constitucionales compartidos y públicos en el ciberespacio. El propio Tribunal del Mar extiende su jurisdicción a empresas privadas mercantiles que operan en el “res communis omnium” (parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar). Valores que se convertirían en universales por la naturaleza de la red. ¿Sería descabellada la ratificación de un tratado internacional de derechos - CEDH o CIDH- por empresas y corporaciones tecnológicas como Meta, o Alphabet o Apple? ¿Oferecerían seguridad jurídica y garantía de los derechos humanos? ¿sería un gesto que incrementase la confianza de los gobiernos democráticos en las tecnológicas? ¿sería un sello de calidad para las propias compañías? ¿la presentación de demandas individuales contra las empresas ante este tipo de tribunales de derechos humanos internacionales supondría

⁷⁸ J. H. Ely, *Democracia y desconfianza: una teoría del control de constitucionalidad*, [Trad. M. Holguín], Siglo del Hombre Editores, Santafé de Bogotá - Universidad de los Andes, 1997, p. 31.

un avance o un retroceso en sus garantías? ¿restablecería a los usuarios consumidores como ciudadanos con derechos frente a las compañías? Quizás así podría fácilmente distinguirse el interés mercantil del interés político, y superponer el Derecho al Mercado, los derechos a los beneficios económicos.

A nivel interno, sería necesario hacer al mismo tiempo un esfuerzo de concisión en las constituciones nacionales, por la doctrina y la jurisprudencia, para desarrollar una correcta distinción entre valores, principios y derechos. A nivel interno no debería descuidarse el axioma constitutivo valores-principios-reglas, entendiendo cada componente de éste desde una mayor abstracción hacia una mayor concreción, precisamente para depurar los conflictos particulares de las soluciones generales compartidas. Se requiere un esfuerzo por distinguir, especialmente, la juridicidad y naturaleza de los principios generales y los valores. Las constituciones democráticas deberían articular mecanismos de eficacia de los valores, similares a las que se han articulado frente al reto que suponen los estados iliberales en Europa por el Tribunal de Justicia.

Si a nivel doctrinal interno seguimos enzarzados en las clásicas disputas entre la teoría del estado y la teoría constitucional, difícilmente evolucionarán las formas del Derecho del estado hacia formas de Derecho global. Quizás el problema de la «tiranía de los valores» como lógica de los sin valores de la primera mitad del siglo XX aún necesita de un desarrollo de la teoría, por un lado, de los principios generales, y por otro lado, de los valores, y no sólo como mecanismo de legitimación de la acción política, sino sobre todo de realización de los derechos de manera efectiva. Los sistemas constitucionales normativos no parecen haber sido capaces de especificar categorías jurídicas y distinguirlas, no se ha hecho una teoría seria sobre la hermenéutica constitucional que parta de este nexo constitutivo valor-principio-regla⁷⁹.

⁷⁹ Por ejemplo, seguimos hablando del principio democrático, pero la democracia (además de que requiere de principios y procedimientos, y por supuesto, tiene un contenido sustancial que pasa por la igualdad de partida de los ciudadanos y tener en cuenta cuestiones ajenas al Derecho positivo como la economía, la sociología y la cultura) no puede ser tratada como un principio que oriente la actuación de los poderes públicos, que oriente su acción, sino como un fundamento del poder público mismo, su base, desde la que configurar el propio poder público. Y esto es más bien un valor (la convicción plasmada en la conciencia de la comunidad de que los que sufren las reglas deben participar de su formación y sobre todo que la soberanía reside en el pueblo y no en los poderes públicos). Quizás pueda algún día argumentarse que los valores, contrariamente a los principios, no son ponderables entre sí. Esta idea se resume en el concepto tradicionalmente tratado de que los derechos humanos

El desarrollo dogmático del sistema de valores constitucional podría, además, profundizar en la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, núcleo de los problemas de regulación del poder de las compañías privadas en su relación con los ciudadanos. Los valores normativos son esenciales para superar la barrera de las relaciones entre particulares en la eficacia de los derechos fundamentales, tan necesaria en las relaciones entre usuarios y compañías tecnológicas.

En definitiva, es trasladable la funcionalidad de los valores constitucionales a la esfera del ciberespacio, por su carácter integrador y fundador de una comunidad. No obstante, el contenido de tales valores deberá ser concretado de forma consciente a través de la inteligencia colectiva que anida el ciberespacio, pero mediante mecanismos jurisdiccionales. No basta con las ideas naveguen libres, los sistemas democráticos no son, aunque nos hayamos acostumbrado a escucharlo, mercados de ideas. La libertad de expresión no es el fin último de las sociedades, sino que los derechos comunicativos son instrumento para configurar la comunidad política. El fin de las libertades comunicativas es concretar los valores que deben erigir y legitimar a la propia comunidad política de manera plural⁸⁰. Es posible que los valores constitucionales no sean distintos a los derechos de la Declaración Universal, pero deberán ser concretadas y asumidos legítimamente. Y parece que la forma más realista y próxima será utilizar la exitosa fórmula del sistema multinivel y los tribunales internacionales de derechos como forma de participación paulatina en su concreción. Tribunales a los que usuarios y compañías acudan a resolver casos concretos y de los que deriven un mínimo común denominador de valores en la cibernsiedad. Muy lejos de los actuales sistemas basados en

son indivisibles. Pero ello nos ha llevado a pensar que son los derechos fundamentales también indivisibles, en consecuencia, y que por tanto, cuando un juez realiza una ponderación entre derechos su solución final no concede eficacia a uno sobre el otro, sino que garantiza ambos. Creo que esta es otra confusión en este caso, entre valores y derechos.

⁸⁰ Como el propio J. HABERMAS señaló: los ciudadanos pueden actuar como miembros de una comunidad política sólo cuando sus derechos individuales se encuentran garantizados, pero como no existe una verdad preexistente sobre cuáles sean esos derechos o su contenido, habrán de ser concretados mediante un procedimiento discursivo, deliberativo, de formación de la voluntad con garantías de participación democrática. La libertad de expresión sirve pues a la finalidad de concretar los elementos que hacen al ciudadano sentirse parte de la Comunidad política. *Facticidad y Validez*, cit., p. 106. J. KOMÁRECK, "National constitutional courts in the European constitutional democracy", *International Journal of Constitutional Law*, Volume 12, (3), 2014, p. 525-544. J. HABERMAS, "Reply to Grimm", en Gowan, P., y Anderson, P., (eds.) *The question of Europe*, cit., p. 264.

la autorregulación, la neutralidad y la exención de responsabilidad, y más ambicioso que el establecimiento de límites a la autonomía de la voluntad privada del mercado.

Como señaló Lessig: «No construimos un mundo en el que la libertad pueda florecer si eliminamos de la sociedad todo control autoconsciente, sino si la asentamos sobre un lugar donde se dé un tipo específico de control autoconsciente. Así pues, construimos la libertad como lo hicieron nuestros fundadores, asentando la sociedad sobre una determinada constitución. Con todo, cuando hablo de «constitución» no me refiero a un texto legal [...] Me refiero, más bien, al modo en que los británicos hablan de su «constitución»: una arquitectura – no solo un texto legal sino un modo de vida – que estructura y constriñe los poderes sociales y legales con el propósito de proteger una serie de principios fundamentales⁸¹».

Submissão em: 23.09.2022

Avaliado em: 29.09.2022 (Avaliador A)

Avaliado em: 26.09.2022 (Avaliador B)

Aceito em: 29.09.2022

⁸¹ L. LESSIG, *El Código 2.0*, cit., p. 35 y ss.

