

CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

Pensar la democracia en tiempos
de la inteligencia artificial



ORESTE POLLICINO

CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

Pensar la democracia en tiempos
de la inteligencia artificial

PALESTRA EUROPA

MADRID - LIMA - 2026

343.4 P75	Pollicino, Oreste Constitucionalismo digital. Pensar la democracia en tiempos de la inteligencia artificial / Oreste Pollicino; 1.ª ed. – Madrid: Palestra Jurídica; 2026. 324 pp.; 14.5 x 20.5 cm. D. L.: M-4484-2026 ISBN: 979-13-87545-38-3 1. Derecho constitucional; 2. Inteligencia artificial; 3. Internet; 4. Aspectos legales; 5. Democracia; 6. Aspectos tecnológicos.
---------------------	--

CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

Pensar la democracia en tiempos de la inteligencia artificial

Oreste Pollicino

Primera edición, junio 2026

Traducción de la obra original en italiano del autor:

Constituzionalismo digital. Pensare la democrazia al tempo dell'IA. Turín: Il Mulino, 2025.

© 2026: ORESTE POLLICINO

© 2026: Palestra Jurídica S. L.

Calle Sepúlveda, 135 - Bº Iz, 28011, Madrid, España

Telf. (+34) 691626018

europa@palestraeditores.com

www.palestraeuropa.es

© 2026: Palestra Editores S. A. C.

Plaza de la Bandera 125, Pueblo Libre, Lima, Perú

Telf. (+511) 6378902 – 6378903

palestra@palestraeditores.com

www.palestraeditores.com

Esta obra ha sido traducida con inteligencia artificial y, posteriormente, corregida y revisada por el profesor Félix Morales Luna

Impresión y encuadernación:

iVERSO IMPRESIÓN

JUNIO, 2026

Cuidado de estilo y edición:

MANUEL RIVAS ECHARRI

Diagramación:

ENRIQUE TOLEDO NAVARRO

Depósito Legal: M-4484-2026

ISBN: 979-13-87545-38-3

Tiraje: 500 ejemplares

Impreso en España – Printed in Spain

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	9
1. El constitucionalismo y las promesas traicionadas del mundo del Internet	9
2. Anatomía de los nuevos poderes privados en el mundo digital	20
3. El constitucionalismo digital como respuesta al surgimiento de los poderes digitales	30
<i>Capítulo I</i>	
EN ESTADOS UNIDOS: EL CONSTITUCIONALISMO ANALÓGICO APLICADO AL ESPACIO DIGITAL	41
1. De la ilusión anarco-libertaria a la regulación de la tecnología digital.....	41
1.1. El primer pilar de la regulación: la Sección 230 de la “Communications Decency Act”	47
1.2. El segundo pilar de la regulación: la Primera Enmienda	56
2. El debate sobre la aplicación “horizontal” de la Primera Enmienda a los poderes digitales	66
2.1. La metáfora del “free market of ideas”	66

CONTENIDO

2.2. Intentos de aplicación “horizontal” de los derechos fundamentales, es decir, de la “neutralidad” de las plataformas digitales	72
3. De la automatización a la autonomía: el desafío de la IA al modelo estadounidense.....	85
4. En Estados Unidos: un “viejo” constitucionalismo para las nuevas tecnologías	97

Capítulo II

EN LA UNIÓN EUROPEA: EN BUSCA DE UN CONSTITUCIONALISMO DIGITAL EN LA ERA DE LA AUTOMATIZACIÓN.....

1. La directiva sobre comercio electrónico y la “directiva madre” sobre protección de datos	105
2. El irresistible auge del “factor algorítmico”: la era de la automatización	112
3. La sociedad algorítmica y la primera respuesta reguladora europea (jurisprudencial y legislativa).....	117
4. El “retorno” del legislador europeo	137
4.1. Los primeros pasos del constitucionalismo digital: la nueva protección de datos personales y la regulación del algoritmo	139
4.2. La consolidación del constitucionalismo digital: la nueva protección de la libertad de expresión en línea, la moderación de contenidos y el algoritmo	154
5. En Europa: ¿un nuevo constitucionalismo digital?	171

CONTENIDO

Capítulo III

DE LA AUTOMATIZACIÓN A LA AUTONOMÍA DE LA IA: LOS NUEVOS DESAFÍOS PARA LA UNIÓN EUROPEA	181
1. De Alan Turing al ChatGPT	181
2. La IA en la era de la autonomía: en busca de rasgos característicos	183
3. El impacto de la IA sobre los poderes del Estado y la estructura de la democracia liberal	198
4. IA, democracia y constitucionalismo	220
5. Necesidad de una respuesta al surgimiento de la IA	227
5.1. El Reglamento europeo sobre IA: adaptar el constitucionalismo digital a la era de la autonomía	233
5.2. La IA entre los “deepfakes” y la lucha contra la desinformación	238
5.3. La IA generativa y los retos del constitucionalismo	244
5.4. ¿La “AI Act” supera el test del constitucionalismo europeo?	251
6. Nuevos poderes, IA y constitucionalismo digital 2.0	266
CONCLUSIONES	279
1. La necesidad de un nuevo constitucionalismo	279
2. Constitucionalismo analógico estadounidense y constitucionalismo digital europeo	285
3. La importancia de un “puente transatlántico”	294
4. El necesario dinamismo del constitucionalismo digital	297
BIBLIOGRAFÍA	305



INTRODUCCIÓN

LOS NUEVOS PODERES PRIVADOS Y EL CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

1. EL CONSTITUCIONALISMO Y LAS PROMESAS TRAICIONADAS DEL MUNDO DEL INTERNET

Hoy en día, el mundo *online* se caracteriza por la aparición de una serie de poderes privados —las grandes corporaciones del mundo digital— que dominan la Red e influyen profundamente en el funcionamiento de las democracias constitucionales: pueden excluir a los políticos de sus plataformas o actuar como megáfonos de la desinformación, pero también hacen posible la organización de eventos democráticos o implementan la eficiencia de la administración pública.

Así, el proceso de transformación del mundo digital y el surgimiento de poderes exige al constitucionalismo una renovación: para mantenerse fiel a su misión original de limitar el poder, el constitucionalismo debe encontrar nuevos modos de intervención adaptados al nuevo marco tecnológico del mundo en línea y de la Inteligencia Artificial (IA). Y esta es precisamente la cuestión que abordaré en estas páginas a través de la categoría de “constitucionalismo digital” como marco interpretativo para analizar los retos

que la tecnología digital —y posteriormente la IA— plantea a los derechos y libertades en las democracias constitucionales.

El constitucionalismo nació en Occidente para limitar el poder estatal, pero ¿cómo debe articularse en la época de los poderes digitales privados? A lo largo de este libro, llegaremos a comprender cómo el constitucionalismo digital puede responder a este nuevo desafío, “viajando” entre las soluciones normativas de Estados Unidos y la Unión Europea.

Para ello, sin embargo, necesitamos entender qué se entiende por constitucionalismo y qué ha ocurrido con la Internet en las últimas décadas, y por qué hablamos hoy de “poderes digitales privados”.

¿Qué es el constitucionalismo? Es una noción utilizada en el ámbito del Derecho para describir esa corriente filosófica de pensamiento que se ha ocupado de la limitación del poder político desde los tiempos de John Locke. El constitucionalismo contemporáneo difiere radicalmente del de épocas pasadas, encontrando su especificidad en la centralidad de una constitución escrita y la formalización de los derechos fundamentales. Sus raíces teóricas se encuentran en el pensamiento de la Ilustración, en particular en las reflexiones de Montesquieu sobre la separación de poderes, mientras que su afirmación histórica se sitúa en el contexto de las grandes revoluciones de finales del siglo XVIII, principalmente la estadounidense y la francesa, que encarnaron y promovieron sus principios fundacionales.

Así pues, los rasgos fundamentales del constitucionalismo contemporáneo, como la limitación del poder y de la arbitrariedad, hunden sus raíces en los orígenes del constitucionalismo occidental. Pensemos, por ejemplo, en las tesis defendidas por Jefferson y La Fayette, en la Declaración de Independencia estadounidense de 1776 y en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, respectivamente.

El constitucionalismo encuentra así su fundamento en una serie de doctrinas político-jurídicas originarias de la tradición jurídica occidental, destinadas, primero, a comprender los límites del poder político en el seno de las monarquías y, después, en el de las democracias liberales. En la actualidad, el constitucionalismo contemporáneo está indisolublemente ligado a las constituciones rígidas —por tanto, con un valor jurídico superior al de las leyes ordinarias—, promulgadas para proteger los derechos fundamentales y garantizar el funcionamiento democrático de los ordenamientos jurídicos.

En efecto, con el surgimiento del Estado democrático, la necesidad tradicional de contener el poder se vio acompañada de una protección general de los derechos fundamentales. En el constitucionalismo del siglo XX asistimos a esta ampliación de las funciones encomendadas a los poderes públicos, con el abandono de la visión liberal decimonónica que concebía la constitución únicamente como un freno a la autoridad.

Sin embargo, como señala el título del valioso volumen de Andrés Sajó *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism* (1999), las características esenciales del constitucionalismo siguen incluyendo, como objetivo primordial, la limitación del poder y de la arbitrariedad, con especial atención al riesgo de abuso por parte del Ejecutivo y la importancia de adoptar medidas institucionales —empezando por la separación de poderes y el control de constitucionalidad de las leyes— para contenerlo.

Si bien el origen de la idea de limitar el poder mediante la legislación hunde sus raíces en la reacción ante la monarquía absoluta, ante “El Estado soy yo” del Rey Sol, este concepto conserva una gran relevancia aún en las democracias liberales contemporáneas. Incluso los gobiernos elegidos democráticamente, que obtienen así su legitimidad del voto popular, pueden, de hecho, ejercer una presión significativa sobre los derechos fundamentales, los derechos

de las minorías (políticas o étnicas) y las estructuras democráticas del Estado.

Por lo tanto, el constitucionalismo contemporáneo también limita este poder “democrático”, que —aunque legitimado por el voto— no puede hacerlo todo. La soberanía popular debe seguir expresándose dentro de las limitaciones y formas establecidas por las constituciones, pues de lo contrario se corre el riesgo de deslizarse hacia formas de gobierno degenerativas, autocráticas y antiliberales, en las que solo subsiste una democracia electoral, pero se erosionan los derechos fundamentales de los ciudadanos y se altera el propio funcionamiento de la democracia liberal y constitucional, aunque se siga votando periódicamente.

Se afirma así el paradigma de la democracia constitucional, que combina el principio de soberanía popular con la protección efectiva de los derechos fundamentales; esta última queda asegurada por una justicia constitucional que garantiza el respeto del orden establecido. Por esta razón, la segunda mitad del siglo XX ha visto el fortalecimiento de los tribunales constitucionales como defensores últimos de los derechos fundamentales y árbitros de los conflictos entre los poderes del Estado, ahora separados y ya no vinculados a la figura del monarca. Entre las democracias liberales occidentales, la única excepción a esta tendencia es el constitucionalismo británico aún basado en la supremacía del Parlamento.

Es evidente entonces que hoy el constitucionalismo además de limitar el poder tiene vocación de “constitucionalismo de los derechos” (Pino, 2017): esto es así tanto en Estados Unidos y Europa como en otras partes del mundo que abrazan —aunque con sus diferentes culturas jurídicas— los principios del constitucionalismo. Específico esto porque, por supuesto, en las aplicaciones concretas del constitucionalismo —a pesar de las sugerencias de un “constitucionalismo global”— es posible advertir profundas diferencias,

incluso dentro del mismo mundo occidental. Así, por ejemplo, como ya fuera mencionado, la ausencia de una “Corte constitucional” propiamente dicha es un rasgo característico (y casi único) del constitucionalismo británico. Pero incluso la interpretación de los derechos y libertades fundamentales puede variar de un sistema a otro: un ejemplo emblemático que veremos a continuación es la diferente comprensión de la libertad de expresión en Estados Unidos y Europa. Mientras que en Estados Unidos incluso los discursos de odio o la desinformación están protegidos por la cláusula constitucional de libertad de expresión, la Primera Enmienda de la Constitución, no ocurre lo mismo en Europa.

En este sentido, cabe señalar que las Constituciones europeas “nacidas de la Resistencia” (Mortati, 1973, p. 222) tienen una impronta fuertemente antimayoritaria y son muy sensibles a la protección de los derechos y a la limitación del poder. Estos presupuestos inspiraron también el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y, más recientemente, la Carta Europea de los Derechos Fundamentales (la denominada “Carta de Niza”).

En este contexto, la pregunta con la que me gustaría comenzar es la siguiente: ¿qué tiene que ver el constitucionalismo con el mundo digital? Ciertamente, un lector atento podría señalar cómo las pulsiones autoritarias y autocráticas del poder público pueden llegar a socavar el espacio de libertad absoluta que promete Internet como lugar sin fronteras, pero ésta es solo una cara de la aplicación del constitucionalismo al mundo digital y a las tecnologías de la Inteligencia Artificial. Si bien existe la influencia antidemocrática de los poderes públicos en línea, en este estudio me centraré en las cuestiones de los poderes privados en el ámbito digital tal y como surgieron primero en el contexto de Internet y después en el de la IA. De hecho, estos nuevos poderes plantean un desafío sin precedentes al constitucionalismo: tienen el potencial de limitar la

libertad, influir en el funcionamiento de las democracias y erosionar los derechos fundamentales.

Para quienes, como yo, vivieron la época del desarrollo de Internet, estas premisas parecen contradecir los fundamentos mismos de Internet, un espacio que se creía libre de los poderes del mundo analógico. Sin embargo, en la última década, el mundo de la Red ha cambiado profundamente. De ser un espacio de libertad caracterizado por un vivo pluralismo y una multitud de “lugares” extra físicos, en algún sentido Internet se ha “encogido”, mientras que el número de usuarios conectados ha crecido exponencialmente.

Esta contradicción es solo aparente: el enorme éxito de algunos de estos lugares extra físicos, en particular las redes sociales, ha monopolizado la experiencia en línea de muchos internautas, “reduciendo” el espacio de Internet. De hecho, la experiencia en línea de muchos usuarios se limita al mismo conjunto de plataformas de redes sociales y motores de búsqueda. El lector puede hacer un pequeño experimento mental: piense en su experiencia en línea y cuente cuántas veces utiliza un motor de búsqueda distinto del habitual o cuánta parte de su experiencia en línea la pasa en las mismas plataformas de redes sociales.

La respuesta “común” a esta pregunta es que, para muchos usuarios de la Web, la experiencia electrónica en línea se ha reducido al uso de unas pocas plataformas digitales, que han adquirido un papel significativo en el mercado digital. Un mercado digital que hoy, por tanto, está *dominado* por un número cada vez menor de actores digitales que asumen las dimensiones de poderes en línea, gracias a, y desde sus posiciones monopolíticas/oligopólicas. Este fenómeno traiciona aquella promesa de *ausencia de poder* en la Red formulada en el Foro Económico Mundial de 1997 por John Perry Barlow en su *Declaration of the Independence of Cyberspace* (1996).

El pensamiento de Barlow y de los demás “padres de la Red” se dirigía, principalmente, a los poderes públicos, a los Estados: “Gobiernos del Mundo, cansados gigantes de carne y acero, vengo del Ciberespacio, la nueva morada de la Mente. En nombre del futuro, os pido, seres del pasado, que nos dejéis en paz. No sois bienvenidos entre nosotros. No tenéis soberanía sobre los lugares donde nos reunimos” (*ibid.*). En este sentido, como veremos, la promesa de libertad de la Red ha sido así doblemente traicionada, tanto por la regulación estatal como también por el surgimiento de poderes privados que actúan en un sector de mercado oligopólico, como el que dominan los gigantes de la Red, desde Meta hasta Google. Por otra parte, si bien Barlow se dirigía a los gobiernos, también señalaba que “no tenemos un gobierno electo, ni es probable que lo tengamos, así que les hablo con la única autoridad con la que siempre habla la propia libertad” (*ibid.*). En la visión de Barlow y de los demás padres de la Red, el mundo de Internet era, por tanto, un espacio de libertad, una especie de colectividad autoorganizada con sabor a comuna, inspirada por anarco-liberales (Bassini, 2019).

Como decía, tales premisas y promesas de libertad han sido doblemente incumplidas. Por una parte, los agentes estatales nacionales han demostrado que no solo pueden regular, sino incluso “hiper-regular” el ciberespacio. Desde esta perspectiva, conviene recordar que el ciberespacio, incluso antes de los bits, está formado por infraestructuras físicas y cables submarinos, es decir, una dimensión “atómica” perteneciente al mundo analógico, que no podía desvincularse por completo de las actividades reguladoras de los Estados, aunque Barlow deseaba —de forma poco realista— una independencia total de estos (Goldsmith y Wu, 2006).

Por otra parte, la visión utópica de los pioneros de la nueva frontera digital —un mundo libre de condicionamientos y poderes

fuertes, en el que la comunidad de usuarios pudiera autorregularse según un marco de valores basado en la libertad en la Red— resultó igualmente ilusoria. Aunque no quiero seguir esas reconstrucciones distópicas que describen el espacio digital como un lugar donde los datos de los usuarios y el comportamiento de los internautas son catalogados para influir en sus futuras acciones por un pequeño grupo de corporaciones digitales, creo que es incontrovertible afirmar que la Red se ha convertido en un espacio dominado por poderes privados, que han influido fuertemente en el proceso de autodeterminación de los usuarios y han condicionado sus derechos en el mundo en línea: la libertad absoluta y la ausencia de poderes que deberían haber sido la piedra angular del espacio imaginado por los pioneros de Internet se han visto subvertidas por la llegada de actores digitales que han adoptado la apariencia de “nuevos gobiernos” (Klonick, 2018).

En esta perspectiva, las tesis que defendían y apoyan la autorregulación del ciberespacio y la no regulación del Estado deben confrontarse hoy con las evidentes críticas generadas por la evolución del mercado: si en un principio los usuarios podían moverse en “competencia perfecta” entre plataformas-comunidades virtuales con reglas autónomas, profundas transformaciones han interrumpido esta linealidad, dando lugar a una realidad oligopólica: hoy en día, la libre competencia entre reglas autoimpuestas es muy limitada, precisamente por el número limitado de espacios digitales, o más bien por la concentración de usuarios en solo unos pocos de ellos. Este giro “oligopólico” del mercado digital sería, además, seguramente rechazado incluso por aquellos pioneros de Internet que veían este como un lugar de pluralismo y libertad.

En este contexto tecnológico, me gustaría por tanto destacar cómo en los últimos años se ha producido una transformación radical, debido al impacto de la tecnología digital, tanto de la sociedad

como de los actores privados, que, actuando como guardianes (*gate-keepers*) del ciberespacio, han pasado de ser meros actores económicos para convertirse en poderes digitales de pleno derecho, ejerciendo a menudo funciones cuasi-constitucionales y paraestatales.

Desde el punto de vista del impacto social, creo que es imposible no registrar que lo digital, con su disponibilidad casi universal, ha dado lugar a numerosas oportunidades que han cambiado profundamente nuestras sociedades. Estas nuevas oportunidades, vinculadas a la “plataformización de la esfera pública” (Sorice, 2020) o a lo que se ha denominado *platform capitalism* (Srnicsek, 2017), se refieren tanto a la posibilidad de realizar modelos de negocio y actividades económicas innovadores basados en una “presencia en la Red” como al desarrollo de nuevas potencialidades para la comunicación política o la organización social de los ciudadanos. Se trata de nuevas oportunidades que presentan, sin embargo, un persistente carácter de dependencia de los proveedores de servicios que ofrecen la infraestructura sobre la que se insertan estos modelos. Basta pensar en quienes explotan comercialmente una página alojada en una red social o en quienes hacen política o se asocian a través de plataformas. Este carácter de dependencia refuerza y está conectado con la segunda transformación, la transfiguración de los actores digitales en poderes reales.

La evolución del mundo digital y estas dos transformaciones traen consigo diversas amenazas y problemas —en parte como consecuencia del “vínculo de dependencia” que une cada vez más a la sociedad con las plataformas— típicas de la “sociedad de la información”: riesgos de elaboración de perfiles, tratamiento a gran escala de datos personales con altos niveles de riesgo, opacidad en las condiciones contractuales y procesos algorítmicos. Estas amenazas y problemas, que varían en magnitud y gravedad y que hasta la fecha solo son abordados parcialmente por los legisladores, como

veremos en los capítulos siguientes, describen una nueva dimensión del mundo digital caracterizada por la entrada en él de actores privados que asumen el papel de poderes privados y plantean graves problemas de control y prevención de abusos. Por último, a estos retos se añaden los que plantea la IA, una nueva frontera para la expansión del poder de los gigantes de Internet.

Si se examina en detalle el proceso de transformación o transfiguración de la Red y su plataformización, surge inevitablemente la creciente centralidad de las grandes corporaciones digitales, que ya no representan únicamente actores económicos en sentido estricto, sino que toman la forma de verdaderos poderes privados que compiten —a menudo— con los poderes públicos (Pollicino, Bassini y De Gregorio 2021).

Sin embargo, esto no debe considerarse exclusivo del fenómeno digital: no es la primera vez, desde luego, que se plantea la cuestión de la relación entre el derecho público y los poderes privados (Costamagna, 2022), ni es la primera ocasión en la que sujetos privados han regulado determinados mercados —piénsese en las federaciones deportivas— ejerciendo una influencia tal como para poseer, en esencia, un poder que trasciende la mera esfera económica y se articula como un poder *sustancialmente* político.

Sin embargo, el carácter excepcional del poder digital está vinculado a la omnipresencia ya mencionada de la esfera pública digital (Habermas, 2023). En concreto, la discontinuidad —y, por tanto, la relevancia— del poder privado en el nuevo escenario digital se basa en dos aspectos.

El primero es de naturaleza *cuantitativa*: la omnipresencia de la digitalización, los mecanismos de automatización algorítmica y la inmensa cantidad de datos disponibles para llevar a cabo procesos de perfilado y anticiparse a las preferencias de los usuarios han dotado a las grandes corporaciones digitales multinacionales

de una capacidad de influencia global sin precedentes, que se ha visto amplificada por el uso cada vez más generalizado de la IA.

El segundo aspecto, que yo llamaría *cualitativo*, afecta a la amplitud, el pluralismo y la libertad del debate público, pero también se refiere al impacto de estos poderes sobre los derechos fundamentales. Lo que está ocurriendo hoy en el contexto digital no se había visto nunca. La cuestión del restablecimiento de las condiciones y prerequisites de una esfera pública operativa —en el sentido dado por Habermas (2008)— en el ecosistema digital merece una reflexión, ya que está inevitablemente entrelazada con el problema de la concentración de poder en manos de actores privados, que a menudo ejercen funciones de naturaleza paraconstitucional. Pero también haré las mismas consideraciones en relación con la IA y su desarrollo, que pueden afectar gravemente a los derechos fundamentales y al funcionamiento de la democracia.

El análisis del llamado “poder digital” —o, más precisamente, de los “poderes digitales”— requiere, pues, una reflexión estrechamente vinculada al papel del constitucionalismo y a su función “genética” de garantía y control. En particular, examinar las nuevas modalidades con las que se expresa el poder digital, cada vez menos “revestido de ropajes humanos” —por citar a De André— debido a una automatización algorítmica cada vez menos “humana”, exige flanquear el análisis de la relación entre autoridad y libertad “vertical”, tradicionalmente concebida como la relación entre poderes estatales y ciudadanos, con el estudio de su dimensión horizontal, es decir, inherente a la relación entre poderes privados y usuarios de plataformas. Se reafirma así el papel del constitucionalismo como fuente de límites, tanto para el poder público como para el privado, con el fin de evitar abusos.

Para mantenerse fieles a su misión original de limitar el poder, los principios del constitucionalismo moderno deben encontrar

entonces nuevas formas de intervención: en este sentido, es necesario pasar de la tradicional geometría vertical de la limitación del poder, que enfrenta a las autoridades estatales con las libertades de los ciudadanos, a una dimensión horizontal, capaz de limitar el poder privado aplicando los derechos fundamentales también en las relaciones entre sujetos privados.

La limitación del poder parece ser un rasgo del constitucionalismo que históricamente se ha aplicado más a los poderes públicos, pero que, sin embargo, debe extenderse también a los poderes privados.

Ahora bien, ¿cuál es la anatomía de estos poderes privados? ¿Cómo sucedió que la Red pasó de ser un espacio de libertad a convertirse en el dominio de unas pocas industrias *tech*? A continuación, intentaré examinar la “anatomía” de los poderes digitales privados.

2. ANATOMÍA DE LOS NUEVOS PODERES PRIVADOS EN EL MUNDO DIGITAL

Para comprender la naturaleza de los nuevos poderes privados, creo que es necesario observarlos más de cerca desde una perspectiva cuadrangular, útil para explicar y describir la anatomía del poder digital. No es tan inusual recurrir a figuras geométricas para investigar la naturaleza y el impacto de los nuevos actores privados en el ecosistema de la Red (Balkin, 2018); en este sentido, creo que una estructura cuadrangular puede describir mejor las dinámicas que han tenido lugar en el mundo digital, atendiendo así a las cuatro dimensiones fundamentales que connotan la anatomía de los nuevos poderes privados: la espacial, la valorativa, la subjetiva y la correctiva, esta última vinculada a las reacciones del constitucionalismo ante la consolidación de dicho poder y a los modos de expresión de la soberanía digital.

La razón de esta cuatripartición es bastante sencilla y puede resumirse del siguiente modo. En la nueva sociedad algorítmica, las *corporaciones* privadas de carácter transnacional, es decir, los nuevos poderes digitales (dimensión subjetiva), ejercen de facto funciones de carácter público a través de la gestión de los espacios digitales (la dimensión espacial). En este contexto, es fundamental el marco valorativo que distingue, por un lado, el ordenamiento jurídico europeo y, por otro, el estadounidense, especialmente en lo que se refiere a la ponderación de los derechos en juego (dimensión valorativa) y al dilema de *si y cómo* regular estas *corporaciones*. El último elemento relevante se refiere a la expansión de la soberanía digital o, más en general, al surgimiento del constitucionalismo digital, que pretende cuestionar y establecer instrumentos de derecho público para contrarrestar y contener la amplificación del poder digital privado (dimensión correctiva).

Detengámonos pues en los cuatro elementos constitutivos de la estructura del nuevo poder digital. Comenzaré por el espacio como primer elemento, para ilustrar a continuación los demás: las dimensiones valorativa, subjetiva y correctiva.

El espacio representa el primer elemento estructural que durante mucho tiempo constituyó un punto focal en el debate sobre la regulación de Internet, que en sus inicios aparecía precisamente como una “nueva frontera” desprovista de toda regulación. En los orígenes del ciberespacio, la dimensión digital prometía un horizonte de libertad, especialmente frente al control estatal.

Sin embargo, esta perspectiva se vio rápidamente socavada por un acontecimiento bien conocido, que enfrentó por primera vez a las autoridades estatales —especialmente el poder judicial— con las plataformas “en el poder” en el terreno de la Internet. En el conocido caso *LICRA vs. Yahoo!*, que surgió a raíz de la comercialización de

recuerdos nazis a través de un sitio alojado en la plataforma estadounidense Yahoo!, surgieron las primeras tendencias “imperialistas” en relación con el “dominio” del ciberespacio.

Estas tendencias se derivaban de la voluntad de Yahoo! de no someterse a las normas estatales europeas referidas a los discursos de odio, resistiéndose a cumplir una orden de retiro de contenidos de terceros (los usuarios) dictada por un tribunal francés que aplicaba las normas transalpinas. De hecho, en la legislación francesa, la venta de recuerdos nazis constituye una suerte de discurso de odio; por el contrario, esa conducta está protegida —como todo discurso de odio— en la legislación estadounidense, donde la plataforma tenía su sede.

Las razones de la negativa de Yahoo! a retirar del espacio digital francés las páginas que vendían tales recuerdos —lo que dio lugar a una larga y célebre saga jurisprudencial— residen en la voluntad del operador estadounidense de no ceder al *diktat* de un tribunal francés, que habría impuesto la norma de protección local, basada en el derecho nacional francés, sobre el estadounidense, del que se invocaba la Primera Enmienda, para que unos contenidos, por chocantes que fueran, pudieran beneficiarse de la protección en virtud de este último criterio constitucional.

El hecho de que una plataforma intentara oponerse a una orden judicial pone de manifiesto la relevancia del dato espacial en la estructuración del poder digital. Aunque el caso terminó con el rechazo de las pretensiones de Yahoo!, es emblemático observar que la plataforma activó un procedimiento judicial paralelo en Estados Unidos para obtener una sentencia que garantizara la supremacía de la Primera Enmienda sobre la ley francesa en el espacio digital europeo. Los tribunales estadounidenses rechazaron finalmente el recurso de Yahoo! por una cuestión de “cortesía internacional”, pero la cuestión es ilustrativa de este primer elemento de la estructura

cuadrangular de la anatomía del poder digital. Además, no se trata de un elemento resuelto: aún hoy, las plataformas digitales podrían intentar resistirse a las exigencias regulatorias europeas apelando a la Primera Enmienda, especialmente tras la toma de posesión de Donald Trump.

Al margen de las evidentes tendencias “imperialistas”, el caso *LICRA vs. Yahoo!* muestra ya el papel asumido por una de las primeras grandes plataformas digitales, capaz, con su comportamiento, de influir en el cumplimiento de una decisión jurisprudencial y, en última instancia, en la eficacia de la protección de los derechos en Europa (la protección de las minorías y la dignidad humana contra los discursos de odio).

En este sentido, en Europa, desde un punto de vista espacial, ha habido varios impulsos jurisprudenciales dirigidos a subrayar que, con independencia de la ubicación de la base informática de las nuevas potencias digitales, si éstas también ofrecen sus servicios al mercado digital europeo, deben someterse a la normativa y al sistema de valores de las tradiciones constitucionales del viejo continente. Por supuesto, esta vertiente jurisprudencial se origina en un humus de valores radicalmente distinto al de EE. UU.

En definitiva, la cuestión del espacio está intrínsecamente ligada a la de la soberanía en el ciberespacio y representa una dimensión fundamental en la anatomía de los poderes digitales, nada nuevo para el derecho constitucional.

Junto a este elemento, e intrínsecamente ligados a él, se encuentran la dimensión valorativa y el marco de referencia jurídico/judicial de las distintas jurisdicciones. Como se ha visto en el asunto *LICRA vs. Yahoo!*, la dimensión espacial está, de hecho, estrechamente vinculada al debate sobre la protección de los derechos en juego y al marco de valores que sirve de contexto a las operaciones de ponderación entre derechos e intereses en línea llevadas a cabo por

jueces y legisladores, influyendo así en el refuerzo, debilitamiento o contención del nuevo poder digital.

Este elemento no es insignificante: como ilustra concretamente el caso *LICRA vs. Yahoo!*, existen diferentes modelos de regulación a ambos lados del Atlántico, cada uno de ellos basado en valores igualmente diferentes. En lo que respecta a la regulación de los derechos en línea, Anu Bradford (2023) ha descrito estos diferentes marcos de valores como un choque entre los imperios digitales estadounidense y europeo. De hecho, el poder digital no solo afecta y restringe la libertad de expresión de los usuarios, como en el caso *LICRA vs. Yahoo!*, sino también otros intereses constitucionalmente relevantes, como la privacidad y la protección de datos personales. Los diferentes marcos de valores que caracterizan los puntos cardinales del constitucionalismo estadounidense y europeo, respectivamente, no siempre son fáciles de conciliar.

En las plataformas y en la regulación de la IA, por tanto, hay un conflicto sobre cómo regular el mundo digital. Las diferentes visiones se refieren, de manera aún más profunda, al papel que puede desempeñar la tecnología digital, tanto como factor de expansión de la libertad y los derechos reconocidos en el mundo analógico, y como elemento que amplifica el riesgo de violación de los mismos derechos (respecto al mundo material).

Se trata de dos interpretaciones que pueden tener implicaciones muy relevantes en la forma de interpretar el surgimiento del *novum digitale* y, en consecuencia, las nuevas formas de poder que trae consigo. Desde este punto de vista, resulta interesante comparar la percepción del “factor digital” y su capacidad para amplificar o reducir el impacto de los nuevos poderes privados, tal y como lo ven los jueces estadounidenses frente a los europeos, adoptando en este contexto el concepto de “cuadro jurídico”. Como veremos en

los capítulos siguientes, los diferentes marcos de valores adoptados, respectivamente, por los tribunales europeos y el poder legislativo de la UE, y por la Corte Suprema y el Congreso estadounidense para la protección de los derechos en línea influyen enormemente en el tipo de regulación de la Red y de las tecnologías digitales derivadas de ella, incluida la IA. Este aspecto es crucial para comprender las operaciones reguladoras necesarias para hacer frente a los nuevos poderes digitales.

El tercer elemento se refiere al dato subjetivo, es decir, a la fisonomía de los actores privados que operan en el mundo digital. Para comprender la naturaleza de los poderes privados, es necesario referirse a los dos elementos anteriores, a saber, la dimensión espacial y la dimensión del valor, que han influido en la génesis de los poderes digitales privados. La conformación del ciberespacio y el nacimiento de los poderes privados son el resultado de una serie de opciones normativas adoptadas, sobre todo, por los legisladores de Estados Unidos y de la Unión Europea entre finales de los años noventa y principios del nuevo milenio.

Como ya he mencionado, la aparición de la nueva tecnología de Internet abrió un debate sobre la regulación de la Red: al principio, se cuestionó la persistencia de las normas jurídicas como expresión de la soberanía estatal en la era de Internet. Sin embargo, pronto se desvaneció la ilusión de una Red “libre” de ataduras estatales, dando lugar a la necesidad de una regulación coherente con las peculiaridades del ecosistema digital, materializada tanto en Europa como en Estados Unidos a través de un enfoque regulador minimalista destinado a favorecer la libre circulación de contenidos, en Estados Unidos en 1996 y en Europa en 2000. Conviene recordar que el contexto en el que los legisladores dieron estos primeros pasos era radicalmente distinto del actual, lo que explica que los

actos legislativos de los últimos años en la UE —que veremos en los capítulos II y III— se consideran reformas que marcan una época, casi revolucionarias.

La principal preocupación en los orígenes de Internet, tanto para los legisladores estadounidenses como para los europeos, era determinar normas capaces de orientar el comportamiento de los proveedores de servicios (que en aquella época aún no se consideraban verdaderos *gatekeepers* o, al menos, “plataformas”) para no obstaculizar la circulación de contenidos en línea y el desarrollo de este mercado. El enfoque subyacente a estos actos reglamentarios estaba influido por la naturaleza de los primeros actores digitales, es decir, por la dimensión subjetiva antes mencionada. Es evidente que el marco regulador, tanto europeo como estadounidense, respondía a un contexto bien definido, en el que el ciberespacio se concebía como un lugar de pluralismo extremo, de múltiples *Weltanschauungen*, de innumerables espacios y diversos actores.

En un escenario caracterizado por la feroz competencia entre comunidades virtuales, la prioridad de los legisladores fue reducir al mínimo la intervención reguladora, confiando en la capacidad inherente del ciberespacio para “autorregularse” ofreciendo diferentes espacios capaces de afirmarse y legitimarse. En este contexto, tanto en Estados Unidos como en Europa, fue soberano el derecho de la competencia, que se consideró la única herramienta útil para intervenir en las concentraciones de poder económico que se estaban formando progresiva e inevitablemente.

El contexto de referencia era el mercado, y la libertad fundamental en juego era la de iniciativa económica. La legislación antimonopolio y su fracaso estuvieron en el origen del auge de los poderes privados, nacidos de las concentraciones de mercado y de la creación de un mercado oligopólico en el sector digital. De hecho,

pocos años después de estas primeras regulaciones, se produjo un profundo cambio de paradigma en la dimensión subjetiva de los actores digitales: los nuevos sujetos de la era digital se transformaron de actores económicos en verdaderos poderes privados, y la regulación *antitrust* se mostró inadecuada, necesitando la intervención de los instrumentos típicos del derecho constitucional.

Las regulaciones introducidas en Estados Unidos en 1996 y en Europa en 2000 parecían cada vez más obsoletas, al no adaptarse a las nuevas peculiaridades de las plataformas emergentes, pero puede decirse que también fueron una de las *razones* del nacimiento de los poderes privados. Estudiosos, tribunales y legisladores se enfrentaron entonces al hecho de que los sujetos que ejercían la iniciativa económica en el ciberespacio se habían convertido en verdaderos poderes privados que competían con los públicos; de ahí la necesidad de una mayor implicación de los argumentos del derecho constitucional.

Esta transformación está relacionada con la forma en que se reguló inicialmente el entorno digital (la dimensión espacial) en función de determinados valores (la dimensión valorativa). De hecho, a lo largo de los años, se ha producido un proceso gradual pero ineludible por el que los actores económicos del ciberespacio se han transformado en poderes privados, y las características de las dimensiones espacial y de valor han proporcionado el contexto para esta metamorfosis.

De acuerdo con el esquema inicial de esta descripción del poder digital, pasaré ahora al último elemento: cuáles son los modos de expresión de la soberanía digital adoptados por los ordenamientos jurídicos considerados y, más en general, qué herramientas puede utilizar el constitucionalismo moderno para contrarrestar o limitar la amplificación del poder digital privado. Esto puede hacerse

introduciendo el cuarto elemento de la anatomía del poder digital, referido al mencionado aspecto de la adaptación del constitucionalismo a los nuevos retos de lo digital.

La pregunta actual es la misma que plantearon Goldsmith y Wu (2006) hace veinte años: “¿quién controla Internet?”. A ella se añade otra igualmente relevante: ¿cómo pueden las democracias liberales ejercer su soberanía digital frente a los poderes privados, que compiten cada vez más en igualdad de condiciones con los públicos? El contexto de valores (el segundo elemento) que distingue al sistema estadounidense del europeo explica el porqué del debate sobre la soberanía digital, en el que se contraponen distintas visiones de derechos y estándares de protección por parte de sistemas que pueden reclamar una posición peculiar en la *governance* del ciberespacio y, posteriormente, de la IA.

Siguiendo con la ruta transatlántica, en los siguientes capítulos explicaré con detalle cómo, a la luz del contexto de valores tan diferente que he mencionado aquí y que se explorará más adelante, se ha producido la “adaptación” del constitucionalismo para limitar los poderes privados, centrándonos primero en el sistema estadounidense y después en el europeo. Me parece oportuno hacer aquí un apunte preliminar relacionando los dos lados del océano Atlántico para entender cómo el cuarto elemento de la anatomía de los poderes digitales, a saber, la reacción del constitucionalismo puede surgir según estrategias y modos diferentes.

Una primera estrategia de reacción inmediata a la consolidación del poder digital podría consistir en aplicar horizontalmente —también dentro del espacio de Internet y frente a las grandes plataformas— las disposiciones de protección de los derechos fundamentales contenidas en las cartas de derechos. De este modo, los poderes digitales estarían obligados a respetar los derechos fundamentales de los usuarios del mismo modo que los poderes públicos.

A este respecto, Tim Wu, uno de los estudiosos estadounidenses más atentos al tema, observa en un tono más bien pesimista que “es sorprendente que documentos como la Carta Magna, la Constitución estadounidense, el Tratado de Lisboa y la Carta de las Naciones Unidas se redactaran para contener el ejercicio del poder público sin contrapesos, mientras que no tienen nada que haga realmente lo mismo contra el poder privado incontrolado” (Wu, 2021).

Es esencial, en este sentido, diferenciar el análisis aquí realizado de aquel del estudioso norteamericano, ya que Wu subestima —como se demostrará— la creatividad y audacia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al transformar en clave interpretativa (o, mejor, manipulativa) las disposiciones de Tratados concebidos exclusivamente para los Estados miembros en instrumentos directamente accionables por los particulares, con un efecto directo horizontal que ni siquiera fue imaginado en el momento de su firma.

Del mismo modo, Robert Alexy (2012), adopta un punto de vista excesivamente optimista, argumentando que la cuestión de los efectos horizontales de los derechos fundamentales previstos en las cartas constitucionales no puede separarse conceptualmente del problema general del reconocimiento de un efecto directo para tales derechos. En otras palabras, si a un derecho fundamental se le reconoce un efecto directo, éste debería manifestarse en dos dimensiones: la vertical (autoridad frente a la libertad) y la horizontal (en las relaciones entre particulares).

El problema radica en que tal supuesto, aunque teóricamente convincente, corre el riesgo de no resistir la comparación con el derecho comparado, ya que las decisiones de los tribunales constitucionales y supremos pueden variar en función del paradigma constitucional de referencia, que sirve de dintel, de fundamento valorativo y cultural. De hecho, el efecto directo de un derecho no

siempre se traduce en su eficacia horizontal, es decir, en su fuerza vinculante para los particulares.

En cualquier caso, hay que recordar también que el ámbito horizontal no agota —teóricamente— el campo de las reacciones posibles: el derecho *antitrust* podría, de hecho, haber desempeñado un papel casi constitucional en la protección del pluralismo. Sin embargo, las transformaciones del entorno digital antes mencionadas tienen un carácter aún más sistémico, ya que, como he anticipado y como pondré de relieve en las páginas siguientes, no solo afectan a los instrumentos del derecho *antitrust* (que cambia de piel en la nueva regulación europea, previendo también intervenciones *ex ante*, inimaginables para los puristas del derecho de la competencia), sino que implican sobre todo al instrumento y a la esencia misma del constitucionalismo, que debe permanecer fiel a su vocación originaria de limitar el poder, aunque éste se manifieste en formas y estructuras variables.

Si la estrategia de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales no parece fácilmente aplicable, la estrategia de la defensa de la competencia, tal como se ha entendido tradicionalmente, ya ha demostrado que no puede limitar eficazmente el poder de las plataformas.

En este contexto, cobra relevancia el concepto de constitucionalismo digital. Comparando y estudiando las experiencias reguladoras de Estados Unidos y la Unión Europea, pondré de relieve cómo la UE ha “actualizado” el constitucionalismo continental. Pero ¿qué quiero decir con “constitucionalismo digital”?

3. EL CONSTITUCIONALISMO DIGITAL COMO RESPUESTA AL SURGIMIENTO DE LOS PODERES DIGITALES

En la Unión Europea, el surgimiento de nuevas dinámicas tecnológicas y poderes privados ha dado lugar a una fase definida