

# CRISIS SANITARIA Y DERECHO CONSTITUCIONAL EN EL CONTEXTO GLOBAL

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

*Catedrático de Derecho Constitucional*

*Universidad de Granada*

TRC, núm. 46, 2020, pp. 121-140  
ISSN 1139-5583

## SUMARIO

I. Introducción. II. Algunas cuestiones metodológicas previas. III. El Estado frente a la crisis sanitaria. IV. Los dirigentes populistas frente a la crisis sanitaria. V. El papel de los agentes globales. VI. Los nuevos conflictos globales y la lucha por la hegemonía digital. VII. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

En el momento de ultimar este texto la epidemia de coronavirus ha producido ya la muerte de más de un millón de personas en el mundo y el número de infectados supera los treinta y cinco millones. Desgraciadamente, la experiencia previa de otros trabajos elaborados sobre esta temática me indica que, cuando este artículo se publique, esas cifras terribles se verán claramente superadas<sup>1</sup>. Tampoco puede dejar de reseñarse que no se trata de cifras reales y que la letalidad del virus solamente podremos conocerla cuando se hagan los estudios correspondientes en cada país, más allá de las cifras oficiales.

La crisis sanitaria ha cambiado nuestro mundo en muchos sentidos. Algunos de los cambios son provisionales y terminarán con ella mientras otros se prolongarán durante algunos años, como la crisis económica. Hay quien percibe la crisis sanitaria como un punto de ruptura con la evolución de nuestras sociedades en los

1 «Over the past 10 months, the virus has taken more lives than H.I.V., malaria, influenza and cholera. And as it sows destruction in daily life around the globe, it is still growing quickly», Pérez-Peña, R.: «Coronavirus Deaths Pass One Million Worldwide», *New York Times*, 28 de septiembre de 2020.

últimos decenios. Sin embargo, las tendencias más visibles nos indican que la crisis está generando una aceleración de las transformaciones que se estaban desarrollando ya de manera muy rápida durante el siglo XXI y que va a suponer una profundización en las líneas de evolución seguidas hasta ahora, afectando de manera esencial a un derecho constitucional que ha experimentado sucesivas crisis en este siglo y no termina de recuperarse de los efectos de cada una de ellas cuando tiene que afrontar la siguiente<sup>2</sup>.

El siglo XXI está resultando ser un siglo bastante «aconstitucional» por definirlo de alguna manera. A pesar de las involuciones, los retrocesos y los horrores que nos depararon el siglo XIX y el siglo XX desde el punto de vista constitucional, lo cierto es que la constitución ocupó siempre el centro de la vida política incluso cuando no estaba presente o cuando las luchas por el poder se articulaban en torno a la propia constitución, que era el punto de referencia obligado. En el siglo XXI ya no lo es, y se sitúa en un lugar cada vez más marginal en el espacio público<sup>3</sup>. La globalización ha provocado que la constitución ya no sea el referente esencial para la vida social y política. Los nuevos factores de legitimación de esta época son la economía y la tecnología y frente a ellos la constitución no parece tener gran cosa que aportar a las pautas culturales que determinan el comportamiento social<sup>4</sup>.

Existen diversos motivos que explican este aislamiento progresivo de la constitución. El primero de ellos es la debilidad del Estado en el contexto de la globalización. La constitución se construye en el mundo moderno en torno al Estado y es comprensible, por tanto, que el progresivo deterioro del poder estatal frente a los grandes agentes globales, económicos o tecnológicos, determine también la decadencia de la constitución. Esta decadencia se manifiesta en la incapacidad de la constitución para regular y ordenar los factores reales de poder y para garantizar en plenitud los derechos de la ciudadanía. Una incapacidad que no es sino el trasunto de la propia incapacidad estatal. Todas las grandes crisis que hemos tenido en las dos primeras décadas del siglo XXI se sitúan en su origen más allá del Estado y aunque el Estado ha intentado gestionarlas con desigual fortuna, cada una de ellas (incluida la actual crisis sanitaria) ha evidenciado las limitaciones estatales para hacerles frente<sup>5</sup>.

2 Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., «Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI» en *Nomos | Le attualità nel diritto*, 2018. Anticipazioni Convegno: Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa: [http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2018/09/Balaguer\\_Costituzionalismo.pdf](http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2018/09/Balaguer_Costituzionalismo.pdf).

3 Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., «La Constitución en el tiempo de las redes sociales», en M. ARAGÓN REYES, J. JIMÉNEZ CAMPO, C. AGUADO RENEDO, A. LÓPEZ CASTILLO y J.L. GARCÍA GUERRERO (Dir.) *La Constitución de los españoles. Estudios en homenaje a Juan José Solozabal Echavarría*, CEPC, Madrid, 2019.

4 Cfr.: BALAGUER CALLEJÓN, F., «Constitution, démocratie et mondialisation. La légitimité de la Constitution face à la crise économique et aux réseaux sociaux», *Mélanges en l'honneur du Professeur Dominique Rousseau. Constitution, justice, démocratie*. L.G.D.J., Paris 2020.

5 Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., «El constitucionalismo en su hora crítica. Crisis clásicas y crisis inéditas» EN F. BALAGUER CALLEJÓN, E. GUILLÉN LÓPEZ, M. AZPITARTE SÁNCHEZ y J.F. SÁNCHEZ BARRILAO

A pesar de que la Constitución proyecta una imagen de libertad y derechos, lo cierto es que, en el contexto de la globalización, promete más de lo que puede cumplir: muchos de los derechos constitucionales (no solo derechos sociales) se han visto lesionados por los especuladores financieros durante la anterior crisis económica sin que algunos ordenamientos constitucionales hayan podido evitarlo. Lo mismo ocurre actualmente con las grandes compañías tecnológicas que convierten en letra muerta gran parte de las previsiones constitucionales relativas a los derechos fundamentales de la persona. Mientras tanto, los factores económicos y tecnológicos siguen gozando de una gran legitimidad en el espacio público, imponiendo narrativas favorables a los grandes intereses económicos globales y a los productos y las aplicaciones de Internet de las compañías tecnológicas.

La cultura de progreso de nuestra época va indisolublemente unida a esos factores económicos y tecnológicos (estrechamente conectados entre sí) y muy poco a los avances en materia de derechos constitucionales, que son más lentos y más controvertidos, objeto habitual de intenso debate público. Nadie pone en duda el valor social de una nueva funcionalidad de los teléfonos móviles o de una nueva aplicación desarrollada por las compañías tecnológicas. Nadie las discute porque ofrecen bienestar y aportan cosas positivas a nuestras vidas, a pesar de que detrás de ellas haya un lado oscuro que parece importar a muy pocas personas, como es la lesión permanente de derechos fundamentales y la utilización comercial de los datos que han obtenido a través de esa vulneración directa de derechos.

La crisis sanitaria podría haber sido el despertar de este sueño tecnológico, que es también pesadilla, y el retorno a una valoración más equilibrada de los factores constitucionales, en especial de los derechos constitucionales y de las estructuras públicas que los sostienen, como es el caso de la sanidad pública. Durante estos meses estamos viendo como el cese de gran parte de la actividad económica ha favorecido al medio ambiente y ha conducido a un mundo más sostenible y de dimensión más humana. Cosas que parecían impensables e imposibles han ocurrido y nos han hecho ver que las narrativas que se han construido para defender y promover el mundo anterior a la pandemia no son intocables y que otros mundos son posibles si se perciben como necesarios.

Por otro lado, el Estado parece haber recuperado su posición central en la vida de los ciudadanos, haciéndose cargo de la gestión de la crisis sanitaria y utilizando todos los instrumentos a su alcance para controlar la expansión del virus. Este retorno del Estado ha propiciado también el de la propia constitución, que ha vuelto a ocupar un espacio central en el debate público aunque sea en relación con la constitucionalidad de las medidas que se han adoptado para combatir la epidemia. Ciertamente el debate no ha hecho sino evidenciar, en muchos países, la propia incapacidad de las previsiones constitucionales relacionadas con las situaciones

(Dir.) *Los derechos fundamentales ante las crisis económica y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, Thomson, Madrid, 2020.

de emergencia y la difícil relación entre ciencia y derecho en este siglo XXI. Al final, sean cuales sean los marcos constitucionales de cada país, han sido las recomendaciones de los científicos las que se han impuesto, en términos generales, sin que el derecho haya sido un obstáculo.

Ese debate en torno a la constitución se ha mantenido en todos los países, también en términos generales, dentro del marco propio del Estado nacional, desarrollando una visión de la constitución que, siendo correcta y necesaria, no deja de ser incompleta, porque no tiene en cuenta los problemas que, para el ordenamiento constitucional, se están incubando y generando, a partir de la crisis sanitaria, en el contexto global. En particular los que se derivan del proceso acelerado de digitalización, así como los relacionados con el desarrollo de aplicaciones específicas destinadas a controlar la expansión del virus. De manera comprensible y típica, todo lo que se sitúa fuera del Estado, como la actividad de las grandes compañías tecnológicas, ha permanecido en gran medida ajeno al debate constitucional, pese a que es ahí donde se encuentran los grandes retos que la constitución tendrá que afrontar cuando termine la pandemia. Se evidencia así, de nuevo, que existe todavía una zona oculta o larvada de la vida social y del espacio público en la que la constitución no está presente y de la que sigue marginándose progresivamente.

## II. ALGUNAS CUESTIONES METODOLÓGICAS PREVIAS.

Analizar un suceso mientras se está desarrollando exige algunas advertencias metodológicas previas. Especialmente si tenemos en cuenta que se trata de un fenómeno de dimensiones históricas todavía imprevisibles, que incorpora un gran número de problemas de todo tipo, científicos, medioambientales, sociales, económicos y constitucionales. La primera de esas advertencias es obvia: nos falta la perspectiva del tiempo para poder conocer la auténtica dimensión de hechos y tendencias que todavía se están desarrollando. Esto ocurre cada vez más en el análisis constitucional. Los tiempos tranquilos en los que se sedimentaban instituciones y amplias perspectivas teóricas han pasado. Ahora tenemos un gran dinamismo que se corresponde con el ritmo acelerado de la tercera globalización y nuestro trabajo se desarrolla en unas condiciones muy complicadas. No podemos renunciar a realizar este análisis, pero tenemos que ser prudentes a la hora de abordarlo y ser conscientes de la provisionalidad de las conclusiones a las que lleguemos.

La segunda advertencia tiene que ver con la especial dificultad para conocer los datos reales del problema. No podríamos poner un ejemplo realmente fiable en ningún país del mundo en relación con esos datos. Entre otros motivos, porque ese conocimiento de los datos no depende sólo de su preexistencia como tales, como podría ser en cualquier otro ámbito, ya que están muy condicionados por la propia acción del poder público frente a la crisis sanitaria. Pongo un ejemplo: a finales de julio los datos del número de personas infectadas en Brasil, según

algunas fuentes fiables<sup>6</sup>, podría ascender a 2,396,434. En comparación, el número de infectados en España según esas mismas fuentes (que incluye todos los diagnosticados que se comunican oficialmente, no sólo los de análisis «pcr») sería de 319.501. Si tomamos los datos de la OMS<sup>7</sup>, los datos de Brasil serían 2,343.366, mientras que los de España serían 272.421 (en este caso solamente los diagnosticados mediante análisis «pcr») que coinciden sustancialmente con los de la Johns Hopkins University<sup>8</sup>. Parece, por tanto, que España estaría en cuanto a número de infectados en torno al 12 % de los de Brasil, dependiendo de las fuentes. Podría parecer un dato fiable, que nos indicaría que en Brasil habría, aproximadamente, el doble de casos que en España en relación con la población.

Sin embargo, estos datos no son reales, pese a que son los datos oficiales proporcionados por los Estados. Por supuesto que en ambos países habrá más casos, la cuestión es cuál de ellos tiene datos más fiables. Los de España se basan en un total de 6,320.836 test realizados para una población de menos de 50 millones de personas. Los de Brasil en un total de 4,911.063 para una población de más de doscientos millones de personas<sup>9</sup>. Esto significa que los datos están condicionados por la actividad de los poderes públicos. El dato de España, que está entre los primeros países del mundo en cuanto al número de test realizados, es bastante más fiable que el de Brasil y que el de otros muchos países (Francia, por ejemplo, había realizado la mitad de test que España a finales de julio). El problema de los datos, por tanto, no es solo que no sean fiables porque se intenten ocultar o desvirtuar, sino que la propia política sanitaria condiciona los datos. De ese modo, cuando queremos comparar los datos y extraer conclusiones nos resulta más difícil justamente por esa incidencia del diferente modo de actuar de los países ante el control de la epidemia.

Lo que sí sabemos, por los estudios que se han realizado por instituciones científicas solventes, es que las medidas de distanciamiento social, confinamientos incluidos, contribuyen a disminuir la letalidad de manera muy relevante<sup>10</sup> hasta el punto de que podríamos contar con varios millones de fallecidos a día de hoy en el mundo si no se hubieran adoptado esas medidas.

6 <https://www.worldometers.info/coronavirus/#countries>. Consultado el 26 de julio de 2020 a las 12 horas.

7 [https://covid19.who.int/?gclid=CjwKCAjw0\\_T4BRBIEiwAwoEiAS8VhHweaMWFO-3HaoPzkRt\\_CUJdfLed668yCcsK5u7qEyf7BYQM1ZhoCnhcQAvD\\_BwE](https://covid19.who.int/?gclid=CjwKCAjw0_T4BRBIEiwAwoEiAS8VhHweaMWFO-3HaoPzkRt_CUJdfLed668yCcsK5u7qEyf7BYQM1ZhoCnhcQAvD_BwE). Consultado el 26 de julio de 2020, a las 12 horas.

8 En el caso de España, mientras que para Brasil indica: 2,394.513 <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>. Consultado el 26 de julio de 2020, a las 12 horas.

9 <https://www.worldometers.info/coronavirus/#countries>. Consultado el 26 de julio de 2020 a las 12 horas.

10 En la mejor de las hipótesis, con un funcionamiento adecuado del sistema sanitario, sin adoptar una estrategia de supresión del virus, se podrían haber producido unas 250.000 muertes en el Reino Unido y entre 1,1 y 1,2 millones de muertes en USA. Cfr. *Report 9: Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand*. <https://www.imperial.ac.uk/media/imperial-college/medicine/sph/ide/gida-fellowships/Imperial-College-COVID19-NPI-modelling-16-03-2020.pdf>

La tercera advertencia tiene que ver con la diferenciación entre el hecho biológico de la infección y la crisis sanitaria. La infección no es el simple resultado de una acción individual, sino de un comportamiento colectivo destructivo que ha creado las condiciones que hacen posible que los virus de algunas especies animales se puedan contagiar a los seres humanos. Es el daño medioambiental que nosotros hemos provocado, con la reducción progresiva de la biodiversidad, lo que ha conducido a la extinción de especies animales que servían como escudo frente a la propagación de enfermedades a las personas.

Pero la infección, *el virus*, debe diferenciarse de la *crisis sanitaria*<sup>11</sup>. En la infección también ha intervenido los seres humanos, debido al daño medioambiental. Pero el virus es un hecho físico que podía haberse contenido de manera más efectiva, evitando su propagación. El no haberlo hecho así o el haberlo hecho en distinta medida, en función de las respuestas sociales y políticas ante el virus, que como tales ya no son un hecho biológico sino social, es lo que ha provocado la crisis sanitaria, con el impacto diferente que ha tenido en diversos países.

### III. EL ESTADO FRENTE A LA CRISIS SANITARIA.

La globalización ha cambiado el ritmo histórico, ha acelerado las transformaciones que se están generando en todos los órdenes y ha desposeído al Estado de sus principales instrumentos para ordenar la política y la economía dentro de sus fronteras. Las dos grandes crisis del constitucionalismo del siglo XXI expresan, entre otras cosas, esa debilidad del Estado frente a los agentes globales en el terreno económico y en los procesos comunicativos que definen el espacio nacional de la política<sup>12</sup>. La tercera crisis que estamos experimentando en estos momentos y que es consecuencia de la epidemia que está asolando al mundo, podría interpretarse como un retorno al Estado y un freno a la globalización, un impulso a la «desglobalización». Sin embargo, las señales que transmite evidencian todo lo contrario, una profundización en las tendencias generadas por la globalización en el siglo XXI (la tercera globalización en sentido moderno) con un incremento de la dependencia de los Estados de los agentes tecnológicos y económicos globales.

El aparente retorno del Estado a la centralidad no es más que un espejismo. Si pensamos en las medidas que se han adoptado por los Estados en estos meses vemos que han actuado con una apariencia de soberanía plena sobre su ciudadanía, cerrando fronteras, determinando medidas de confinamiento, estableciendo incluso toques de queda en algunos países o sanciones de carácter penal. El Estado

11 Cfr. sobre la crisis sanitaria, BALAGUER CALLEJÓN, F., «Crisi sanitaria, globalizzazione e diritto costituzionale», en *Atti della giornata di studi in onore di Paolo Ridola, Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 10/2019 (publicado en 2020).

12 Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., «Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI» en *Nomos | Le attualità nel diritto*, 2018, cit.

ha vuelto así a retomar el control y a utilizar los instrumentos de que disponía en otras épocas históricas para encauzar las crisis, a través de una constitución que ordenaba el espacio y el tiempo. Ello se reflejaba ya en las propias connotaciones de la ley en el Estado liberal: la *generalidad*, como regulación de la totalidad de los sujetos del territorio y la *abstracción* como ordenación de todas las situaciones vitales de esos sujetos<sup>13</sup>.

En realidad, si analizamos las características de esta crisis sanitaria y de las otras crisis que lleva en su interior, lo que vemos esencialmente es incapacidad por parte del Estado para resolverla de una manera eficaz, precisamente porque se trata de una crisis global, que debería haberse resuelto desde el principio con instrumentos de alcance global. El problema es justamente que las instancias supranacionales y las internacionales también han sido incapaces de actuar para frenar la expansión del virus. Tanto el papel de la OMS como el de la Unión Europea en la gestión de la crisis sanitaria han sido muy cuestionables, lo que ha obligado a los Estados a tomar la iniciativa y a comenzar a desarrollar políticas descoordinadas e insolidarias para hacer frente a la crisis<sup>14</sup>.

Pero el fracaso de las instancias supranacionales e internacionales no es más que un reflejo del propio fracaso de los Estados, ya que ellos no compiten con esas instancias sino que las controlan y deciden el alcance de su actuación. Si los Estados le hubieran otorgado más competencias de coordinación en esta materia a las instancias internacionales y supranacionales, el control de la epidemia podría haber sido mucho más eficaz<sup>15</sup>. En efecto, con medidas de coordinación adecuadas se podría haber luchado mejor contra la propagación del virus y podríamos tener datos más fiables de su difusión y su letalidad así como condiciones homologables a nivel internacional a través de protocolos comunes. De ese modo, al menos los Estados que se hubieran sometido a esa coordinación internacional o supranacional podrían haber mantenido las fronteras abiertas entre ellos y preservado una parte importante de su actividad económica. Ha sido justamente el fracaso de esa coordinación lo que ha obligado a los Estados a actuar como último recurso en condiciones ya muy difíciles y sin tener una idea precisa de la orientación que debían darle a sus políticas.

La diversidad de políticas sanitarias para resolver un mismo problema no ha contribuido precisamente a generar confianza ni en el plano interno ni el internacional. Algo que sorprende especialmente porque en el ámbito asiático donde el virus comenzó a propagarse sí que hubo una respuesta eficaz. Se pueden poner en duda los datos de países como China donde la ausencia de condiciones democráticas no permite conocer realmente el impacto de la epidemia. Pero en otros países asiáticos plenamente democráticos como Japón o Corea del Sur ha habido una gestión eficaz que

13 Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., *Fuentes del Derecho*, Vol. I, Madrid, Tecnos, 1991.

14 Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., *Crisi sanitaria, globalizzazione e diritto costituzionale*, cit.

15 Cfr. sobre la Unión Europea, ÁLVAREZ GARCÍA, V., ARIAS APARICIO, F., HERNÁNDEZ DIEZ, E.: *Lecciones jurídicas para la lucha contra la pandemia*, Iustel, Madrid, 2020, pp. 275 y ss.

contrasta con la que se ha desarrollado en algunos países occidentales como Estados Unidos o Brasil, por ejemplo. Baste pensar que las cifras de contagios en Estados Unidos en los momentos más dramáticos casi equivalían en un solo día a las cifras totales de contagios de un país como China, duplicaban el total de contagios de Japón y suponían casi cinco veces más que el total de contagios de Corea del Sur.

Lo que ha evidenciado esta crisis sanitaria no ha sido la capacidad de los Estados para resolver los problemas globales sino su absoluta impotencia. Eso no quiere decir que los Estados no hayan tenido que actuar y no tengan que seguir haciéndolo precisamente para resolver los problemas que ellos mismos han creado por no haber acordado a nivel internacional los instrumentos necesarios para hacer frente a crisis globales. El Estado siempre será el último recurso, porque es quien tiene el poder directo sobre la población, pero ese último recurso no habría sido necesario activarlo de la manera que se ha hecho si hubiera existido una concertación internacional para resolver el problema, en lugar de agravarlo hasta el punto de generar una catástrofe humanitaria de dimensiones aterradoras.

#### IV. LOS DIRIGENTES POPULISTAS FRENTE A LA CRISIS SANITARIA

Una de las cuestiones que resultan más interesantes desde el punto de vista constitucional es la respuesta a la crisis sanitaria que han tenido los tres países que más se vieron afectados por la última crisis constitucional global, la generada por las compañías tecnológicas, con su interferencia en procesos electorales mediante la elaboración de perfiles psicológicos y la emisión de propaganda subliminal personalizada<sup>16</sup>. En los tres países se ha producido, hasta cierto punto, una respuesta similar a la crisis, especialmente en Brasil y en Estados Unidos, ya que en el Reino Unido, la política de la «inmunidad de grupo» finalmente se corrigió a favor de una respuesta similar a la de los otros Estados europeos, estableciendo medidas de distanciamiento social<sup>17</sup>.

En el caso de Estados Unidos y Brasil, sus resultados han sido pésimos hasta ahora y aunque tenemos que mantener siempre la prudencia de la fiabilidad de

16 Cfr. al respecto FERGUSON, N., 2018. «Social networks are creating a global crisis of democracy», en: <https://www.theglobeandmail.com/opinion/niall-ferguson-social-networks-and-the-global-crisis-of-democracy/article37665172/>; DEB, A., DONOHUE, S., GLAISYER, T., 2017. «Is Social Media a Threat to Democracy?», <https://www.omidyargroup.com/wp-content/uploads/2017/10/Social-Media-and-Democracy-October-5-2017.pdf>; SCOTT, M., 2018. Cambridge Analytica helped 'cheat' Brexit vote and US election, Politico, 29/3/2018: <https://www.politico.eu/article/cambridge-analytica-chris-wylie-brexit-trump-britain-data-protection-privacy-facebook/>

17 Sin que ello le haya evitado la contundente crítica de un semanario tan prudente como *The Economist* que daba el 19 de junio el siguiente consejo a los electores ingleses en relación con la desastrosa gestión de Boris Johnson: «The pandemic has many lessons for the government, which the inevitable public inquiry will surely clarify. Here is one for voters: when choosing a person or party to vote for, do not underestimate the importance of ordinary, decent competence».

los datos, lo que sí es posible valorar es la actitud de ambos líderes populistas, que han boicoteado a sus propias autoridades sanitarias<sup>18</sup> y se han enfrentado a los gobernadores de los Estados, intentando quitarle importancia a la pandemia y defendiendo en todo momento la necesidad de mantener la actividad económica por encima de la salud y la vida de las personas.

La importancia que tiene esta actitud de los líderes populistas, que fueron promocionados al poder por las compañías tecnológicas, se deriva del hecho de que su propio acceso al poder podría definirse como el punto máximo de debilidad del Estado frente a los grandes agentes globales. Una debilidad que hizo posible que compañías como Facebook tuvieran un papel decisivo en los procesos electorales interfiriendo en ellos y favoreciendo a determinados candidatos a través de actividades que afectaron a la limpieza del proceso electoral<sup>19</sup>.

La motivación de estas compañías tecnológicas es doble. Por un lado, cada vez que se genera una situación de inestabilidad política, el uso de sus aplicaciones se incrementa y con ello sus ingresos publicitarios. Si el referéndum del Brexit no lo hubieran ganado los partidarios de dejar la Unión Europea o si las elecciones presidenciales en Estados Unidos o en Brasil no las hubieran ganado Trump y Bolsonaro, los ingresos de esas compañías habrían sido menores. La inestabilidad política les favorece y por tanto, fomentar la radicalización y la fragmentación del espacio público, promover las *fake news* y la posverdad, no es algo ajeno a los intereses de Facebook y de otras compañías<sup>20</sup>.

Por otro lado, estas compañías tienen especial interés en debilitar las posibilidades de control de sus actividades por parte de los poderes públicos, bloqueando la política e impidiendo que la acción estatal se desarrolle con normalidad. Por tanto, les interesan gobernantes que se sometan a sus intereses y que no aspiren a poner en práctica valores constitucionales relacionados con la garantía de los derechos o mecanismos de control de las distorsiones de la competencia que impidan la consolidación de monopolios<sup>21</sup>. Hasta ahora tanto

18 En el caso de Trump con amagos de destituir a Anthony Fauci, mientras que Bolsonaro terminó cesando a Luiz Henrique Mandetta, el Ministro de Sanidad, aunque después dimitió su sucesor y ya va por el tercer ministro de Sanidad. Cfr. al respecto: <https://cnnespanol.cnn.com/2020/04/13/trump-reuitea-llamado-a-despedir-a-fauci-en-medio-de-criticas-por-coronavirus/>, <https://elpais.com/internacional/2020-04-16/el-ministro-de-salud-de-brasil-afirma-que-el-presidente-bolsonaro-lo-ha-destituido.html> y <https://elpais.com/internacional/2020-05-17/el-choque-con-bolsonaro-por-la-desescalada-y-el-uso-de-un-farmaco-forzola-caida-del-titular-de-salud-de-brasil.html>

19 Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., «Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 32, julio-diciembre de 2019.

[https://www.ugr.es/~redce/REDCE32/articulos/04\\_F\\_BALAGUER.htm](https://www.ugr.es/~redce/REDCE32/articulos/04_F_BALAGUER.htm)

20 De hecho, Facebook desechó la posibilidad, técnicamente viable, de programar sus algoritmos de manera diferente para evitar la polarización. Cfr. J. HORWITZ — D. SEETHARAMAN, «Facebook Executives Shut Down Efforts to Make the Site Less Divisive», *Wall Street Journal*, 26 de mayo de 2020.

21 Sobre este último aspecto, cfr. *Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel*, March 2019, J. FURMAN & VVAA: «The largest digital companies have made extensive use of mergers, as their market shares have grown. Acquisitions have included buying businesses that could have become competitors to the acquiring company (for example Facebook's acquisition of Instagram), -businesses that

Trump como Bolsonaro han cubierto fielmente sus expectativas. Ambos dirigentes han contribuido a bloquear la política de sus países generando confrontaciones y divisiones radicales que han dificultado la acción política del Estado. En el caso de Trump la única línea clara, desprovista de retórica, que ha mantenido desde el principio de su mandato, ha sido la defensa de los intereses de las compañías tecnológicas norteamericanas frente a la Unión Europea o frente a China.

Una de las lecciones que hemos aprendido de la crisis sanitaria es que estos líderes populistas, promocionados al poder político para convertir la política en un espectáculo permanente y en una retórica vacía, que debilita todavía más al Estado en el contexto de la globalización, han puesto en evidencia las consecuencias fatales de haberlos conducido a la Presidencia de sus países. Desde el punto de vista histórico el populismo se presenta como un movimiento que se mueve necesariamente en un mundo muy diferente de los totalitarismos fascistas del siglo XX<sup>22</sup> que dieron lugar a la Segunda Guerra Mundial. Desde la segunda mitad del siglo pasado se han desarrollado tres tipos de anticuerpos frente esos totalitarismos<sup>23</sup>. Por un lado, la globalización ha debilitado tanto al Estado nacional que hace que la lucha por el poder del Estado ya no se mueva dentro de las condiciones de hace cien años, cuando estaba en plenitud de poder. En la actualidad los agentes globales condicionan el poder estatal desde el exterior y desde el interior del propio espacio público estatal reduciendo el margen de maniobra de los gobernantes. Por otro lado, la integración supranacional europea es también un mecanismo de control de la política interna, ciertamente perfectible, pero que evita involuciones totalitarias (aunque no haya sido capaz de evitar tendencias autoritarias de gobiernos populistas en algunos Estados miembros). Por último, el desarrollo del Estado constitucional ha incorporado igualmente anticuerpos mediante las constituciones normativas, con la implantación de democracias pluralistas, basadas en la protección de las minorías y en la garantía jurisdiccional de la constitución.

Lo que hemos aprendido con la crisis sanitaria es que estos anticuerpos, que son eficaces para controlar la *acción* del Estado, resultan totalmente ineficaces para controlar la *inacción* del Estado. En la crisis sanitaria una acción decidida del

have given a platform a strong position in a related market (for example Google's acquisition of DoubleClick, the advertising technology business), and data-driven businesses in related markets which may cement the acquirer's strong position in both markets (Google/YouTube, Facebook/WhatsApp)» (p. 11).

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/785547/unlocking\\_digital\\_competition\\_furman\\_review\\_web.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf)

22 Cfr. sobre la relación entre populismo y constitución, BALAGUER CALLEJÓN, F., «Interpretación constitucional y populismo», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 33, Enero-Junio de 2020. Cfr. igualmente, BALAGUER CALLEJÓN, F., «Constitutional Interpretation and Populism. The case of Spain», en prensa actualmente en Londres.

23 Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., «A crise da democracia na época de Weimar e no século XXI», en prensa actualmente en Brasil.

Estado para proteger la salud y la vida de la población era absolutamente necesaria y en eso los líderes populistas han fracasado estrepitosamente. La mecánica de su acceso al poder era el espectáculo permanente basado en una retórica sin contenido, para eso fueron promovidos, para no hacer nada, para no obstaculizar desde el Estado los intereses de las compañías tecnológicas y otros grupos de interés que los apoyaron. Y eso es exactamente lo que han hecho durante la crisis sanitaria: seguir ofreciendo espectáculo mientras el virus se extendía y el número de muertos en sus países se contaba por centenas de miles.

Si esas compañías y esos grupos han aprendido o no de su error es algo que veremos muy pronto, con las próximas elecciones presidenciales norteamericanas. De momento, la crisis sanitaria ha evidenciado que el Estado, y en general lo público, que estos intereses oscuros han convertido en tierra de nadie, están en algunos países en su lugar más bajo justamente cuando más necesarios resultaban para proteger la salud y la vida de las personas. Todo ello sin que el orden constitucional haya sido capaz de proteger a la ciudadanía frente a la manipulación electoral y la lesión masiva de derechos operada por parte de las compañías tecnológicas y muy en particular por Facebook<sup>24</sup>.

## V. EL PAPEL DE LOS AGENTES GLOBALES

El Estado no saldrá reforzado de esta crisis en relación con los grandes agentes globales que han limitado su poder en el contexto de la globalización. Por un lado, los especuladores financieros, que están ya actuando en el marco de la nueva crisis económica. Por otro lado, las grandes compañías tecnológicas, que han aumentado su presencia en la economía y en la vida social de manera extraordinaria a partir del estallido de la crisis sanitaria. Esos agentes globales (compañías tecnológicas y especuladores financieros) no solamente no perderán nada con la crisis sino que experimentarán un impulso importante. Por lo que se refiere a las compañías tecnológicas, esto se evidencia con la progresiva digitalización de la economía y de la sociedad, favorecida por el confinamiento forzoso, necesario para detener la propagación de la epidemia. En cuanto a los especuladores, la crisis económica generada por la pandemia les favorecerá de nuevo, como ocurrió con la reciente crisis financiera.

Las grandes compañías tecnológicas han adquirido un protagonismo especial en esta crisis. No sólo aportando instrumentos de comunicación entre la mitad de la población mundial aislada por el coronavirus sino también propiciando fórmulas de teletrabajo que se han tenido que implantar en algunos sectores como la

<sup>24</sup> Cfr. House of Commons, Digital, Culture, Media and Sport Committee, DCMS. *Disinformation and 'fake news': Final Report*. Published on 18 February 2019 by authority of the House of Commons: <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcomeds/1791/1791.pdf>

educación, justamente por la imposibilidad de desarrollar las actividades en modo presencial. Además, las grandes compañías han proporcionado a los gobiernos instrumentos de localización relacionados con el control de la extensión de la epidemia. Si hasta ahora los gobiernos han sido incapaces de controlar la lesión masiva de derechos que las aplicaciones de algunas de estas compañías están provocando, resultará mucho más difícil hacerlo en el futuro<sup>25</sup>. Es muy posible, por tanto, que se terminen consolidando las pautas culturales que están definiendo un nuevo paradigma en la relación entre tecnología y derecho constitucional<sup>26</sup>.

Si contrastamos las vulneraciones de derechos producidas por las aplicaciones diseñadas por las grandes compañías tecnológicas con las restricciones de derechos que se derivan de las medidas de distanciamiento social, podremos comprender mejor los riesgos que estos agentes globales están generando. Los límites constitucionales que se aplican a los Estados en relación con las restricciones de derechos requeridas para el control de la pandemia difícilmente se podrán aplicar a las lesiones de derechos que pueden generar las compañías tecnológicas.

Las medidas adoptadas en el marco de la situación de emergencia por distintos países se mueven dentro de lo que en la teoría de las fuentes del derecho han sido tradicionalmente las normas *contra legem* propias de situaciones de necesidad, por más que en casos como el de España sean objeto de una regulación constitucional específica, por limitada y deficiente que esta pueda considerarse para abordar una crisis de las dimensiones históricas de la actual crisis sanitaria<sup>27</sup>.

Tres rasgos podrían señalarse en relación con la naturaleza y el alcance de estas normas. El primero de ellos su naturaleza intrínsecamente provisional: sólo tienen vigencia mientras permanezcan las circunstancias que les dieron origen. Esto significa que todas estas disposiciones, más o menos amparadas por habilitaciones constitucionales o legislativas, tienen un ámbito de validez temporal limitado y son, desde esa perspectiva, incompletas desde el punto de vista normativo, no pudiendo subsistir por sí mismas una vez que la situación se normalice. Esta es, sin duda, una de las características que reduce su potencial alcance dañino respecto los derechos constitucionales que se limitan a través de ellas. El segundo de ellos es su sometimiento a los principios constitucionales que determinan la actividad de los poderes públicos: el principio de proporcionalidad, en particular,

25 Como indica DARON ACEMOGLU: «Conforme más y más de estas tecnologías comienzan a parecer indispensables, las empresas privadas detrás de ellas acumularán más poder; y en ausencia de una alternativa estatal viable, es posible que la gente no se lo cuestione demasiado. Las mismas compañías, claro está, seguirán recopilando datos personales y manipulando la conducta de los usuarios, pero tendrán todavía menos de qué preocuparse en relación con el Gobierno, convertido en una especie de auxiliar servil de Silicon Valley», ACEMOGLU, D., «Modelo de vigilancia chino, servidumbre tecnológica o volver a lo de antes: ¿qué Estado de bienestar queremos tras la pandemia?» *El País*, 5 de julio de 2020.

26 Cfr.: BALAGUER CALLEJÓN, F., «Constitution, démocratie et mondialisation. La légitimité de la Constitution face à la crise économique et aux réseaux sociaux», cit.

27 Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, V., ARIAS APARICIO, F., HERNÁNDEZ DIEZ, E.: *Lecciones jurídicas para la lucha contra la pandemia*, cit, pp. 25 y ss.

se configura como un instrumento de control de cualquier actuación arbitraria. El tercero es justamente la permanencia de los controles constitucionales, políticos y jurisdiccionales, de estas medidas.

Los principios tradicionales del derecho de emergencia nos deben servir no solo para valorar la incidencia en los derechos constitucionales, propia de las crisis de esa naturaleza, sino también las que se plantean ahora con mayor crudeza en relación con la intervención sobre los derechos de las personas a través de procedimientos informáticos e Inteligencia Artificial. Las limitaciones de derechos que se produzcan aquí deberán estar justificadas por la situación de excepcionalidad y solo serán constitucionalmente aceptables si se corresponden con los principios antes enunciados: provisionalidad, proporcionalidad y sometimiento a control.

El problema es que estos principios plantean dudas muy serias sobre algunas de las medidas que se están proponiendo implantar para combatir la epidemia. En unos casos porque los datos que acumulen las compañías tecnológicas los van a poder seguir usando para el futuro quién sabe con qué fines, de manera que su carácter provisional es más que discutible. Deberían establecerse, por tanto, procedimientos adecuados para evitar que los datos que se acumulen ahora puedan retenerse por estas compañías, así como para impedir que las aplicaciones informáticas desarrolladas puedan seguir utilizándose en el futuro, cuando la crisis sanitaria se resuelva.

También se plantean serios interrogantes en relación con el principio de proporcionalidad. La identificación de personas portadoras del virus para que puedan ser aisladas de sus contactos es una cuestión muy delicada que puede ocasionar problemas serios de ajuste a los derechos fundamentales. En particular, debe evitarse que sobre las personas infectadas, que no son otra cosa que víctimas de la epidemia, en lugar del apoyo social que necesitan, se proyecte el rechazo por parte de sus familiares y amigos así como de las personas con las que se cruzan en su camino.

Es evidente que estamos en una situación en la que lo que está en juego es la vida de muchas personas y que nunca podemos perder de vista esa variable esencial. Sin embargo, eso no lo justifica todo, como tampoco la crisis económica lo justificaba todo para resolverla, frente a lo que nos quisieron hacer creer los defensores de la narrativa de la austeridad<sup>28</sup>. Hay muchos caminos posibles para llegar al resultado deseado de evitar la pérdida de vidas, basados en la responsabilidad solidaria. Debemos rechazar aquéllos que puedan conducir al linchamiento moral de las personas infectadas, vulnerando directamente los valores constitucionales.

En todo caso, la dificultad para controlar las aplicaciones de internet diseñadas por las compañías tecnológicas es evidente, a diferencia de lo que ocurre con

28 Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., «Crisis económica y crisis constitucional en Europa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 98, 2013, pp. 91-107: <https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/39779/22466>.

las medidas de distanciamiento social adoptadas por los Estados para luchar contra la pandemia. El componente técnico es aquí prevalente y dificulta enormemente cualquier control judicial así como la operatividad del principio de proporcionalidad. Por lo que se refiere a su carácter provisional, mientras las restricciones de derechos establecidas por los Estados se acabarán de manera perceptible, como máximo cuando la epidemia se controle, no ocurrirá lo mismo con las vulneraciones de derechos que se puedan producir mediante las aplicaciones de internet diseñadas por las compañías tecnológicas. Podremos saber claramente cuando podemos viajar, dejar de usar mascarillas o abrir determinados negocios. Pero no vamos a saber si las aplicaciones de internet diseñadas para la crisis sanitaria siguen extrayendo nuestros datos y acumulándolos en beneficio de las compañías tecnológicas cuando la crisis termine.

La dificultad generalizada de control es uno de los factores que está favoreciendo el desarrollo de estas compañías, un desarrollo que con la crisis se ha incrementado de manera extraordinaria. Para que nos hagamos una idea de la dimensión que estas compañías tecnológicas están adquiriendo como consecuencia de la crisis sanitaria y de las transformaciones que está generando en la economía mundial, baste indicar que, a finales de julio de 2020, Apple o Amazon tenían ya un valor bursátil (con 1,61 y 1,49 billones de dólares respectivamente) superior al del PIB de España (1,42 billones de dólares). Si les uníamos a ambas el valor bursátil de Google (Alphabet, 1,03 billones de dólares), entre las tres superaban ya el PIB de Alemania (3,96 billones de dólares)<sup>29</sup>. Solo un mes después, a finales de agosto, Apple se convertía en la primera compañía estadounidense en superar los dos billones de dólares de capitalización bursátil (2,13 billones), superando por sí sola el PIB de Italia (2,10 billones)<sup>30</sup>.

Las consecuencias de esa acumulación de poder económico las veremos en el futuro, pero de mayor alcance puede considerarse el poder social y político que tienen esas y otras compañías por medio de la acumulación de datos personales, que les otorga una gran capacidad de influencia social y que les ha permitido intervenir en la esfera política debilitando extraordinariamente el poder de algunos Estados, como es el caso de su propio país de origen, los Estados Unidos.

## VI. LOS NUEVOS CONFLICTOS GLOBALES Y LA LUCHA POR LA HEGEMONÍA DIGITAL

¿Qué papel tendrá el derecho constitucional en el mundo que se vislumbra a través de la crisis sanitaria? La evolución del último decenio no es muy

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

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

esperanzadora. China ocupa ya una posición económica de liderazgo en el mundo desde 2014, si medimos su PIB en paridad de poder de compra (en PIB nominal sigue siendo EEUU la primera potencia económica) y está ampliando su esfera de influencia desde el ámbito militar al cultural pasando por la cooperación con un gran número de países con los que ha generado alianzas económicas y políticas basadas en su tradicional, hasta ahora, diplomacia «blanda». Las previsiones pueden cumplirse o no pero si la situación volviera a la normalidad previa a la crisis sanitaria, en algunos años China llegaría a tener una posición económica muy superior a la de Estados Unidos<sup>31</sup>. Lo cierto es que la crisis sanitaria no parece que vaya a frenar esa tendencia si tenemos en cuenta que para este año 2020 está prevista una contracción de la economía norteamericana del 4,3% mientras que el PIB chino crecerá un 1,9%, algo insólito en un año en el que la economía mundial se contraerá un 4,4%<sup>32</sup>.

El hecho de que un país como China pudiera tener una posición hegemónica en el mundo resultaba ya preocupante desde 2014, por cuanto se trata de un Estado no democrático y en el mundo moderno esa posición ha sido ocupada hasta ahora por Estados democráticos. Algo fundamental no porque las políticas que estos países hayan desarrollado en el exterior de sus fronteras puedan considerarse siempre acertadas, baste recordar la última aventura en la que la Administración Bush metió a medio mundo, con la guerra de Irak y sus nefastas consecuencias posteriores. Pero después de Bush vino Obama y esa es la grandeza de las democracias, su capacidad para aprender de los errores y corregirlos.

No sabemos si Estados Unidos corregirá, en las elecciones presidenciales de noviembre, el inmenso error que ha supuesto la Administración Trump para su salud democrática interna y para su posición en el mundo. De momento, la Administración Trump ha supuesto una renuncia al liderazgo de Estados Unidos a cambio de proteger a sus compañías tecnológicas, ya que no otra cosa ha significado al final el lema «America First». La presión sobre los Estados europeos para que no se implante la famosa tasa «google» es una de sus manifestaciones más evidentes<sup>33</sup>. Pero hay otras muchas, especialmente las orientadas a China, porque

31 Estados Unidos se vería también superado por India como segunda potencia mundial. Sobre estas previsiones económicas, cfr.: Informe de PricewaterhouseCoopers, de marzo de 2006, «The World in 2050. How big will the major emerging market economies get and how can the OECD compete?», en: <http://www.pwc.com/gx/en/world2050/pdf/world2050emergingeconomies.pdf>; Informe de PricewaterhouseCoopers de marzo de 2008, «The World in 2050. Beyond the BRICs: A broader look at emerging market growth prospects», en: [http://www.pwc.com/gx/en/world2050/pdf/world\\_2050\\_brics.pdf](http://www.pwc.com/gx/en/world2050/pdf/world_2050_brics.pdf); Informe de PricewaterhouseCoopers de enero de 2011, «The World in 2050. The accelerating shift of global economic power: challenges and opportunities», en: <http://www.pwc.com/gx/en/world2050/theacceleratingshiftofglobaleconomicpower.jhtml>; «Looking to 2060: Long-Term Global Growth Prospects», OECD Economic Policy Papers, n.o 03, November 2012.

32 Cfr. <https://www.imf.org/es/Publications/WEO/Issues/2020/09/30/world-economic-outlook-october-2020>

33 La amenaza de represalias por parte de Estados Unidos si se implantaba esa medida fiscal ha sido constante. Cfr. GUIMÓN, P., PELLICER L., «Estados Unidos rompe las negociaciones con Europa para una 'tasa Google' global», *El País*, 17 de junio de 2020.

Europa sólo puede perjudicar a las tecnológicas norteamericanas mediante regulación y control, algo a lo que temen ciertamente. Pero China compite directamente con ellas a través de sus propias tecnológicas, que se están expandiendo fuera de sus fronteras.

El caso Huawei es paradigmático, aunque no es el único, ya que la Administración Trump ha terminado por prohibir la descarga de la aplicación TikTok en Estados Unidos por temor a que la compañía tecnológica china que la diseñó pueda obtener a través de ella los datos de los usuarios estadounidenses<sup>34</sup>. La Administración Trump conoce bien el problema porque TikTok y Huawei podrían estar haciendo (más todavía esta última cuando se extienda la red de 5G si se utiliza su tecnología) lo mismo que hacen las compañías tecnológicas estadounidenses en todo el mundo: vulnerar los derechos de los usuarios, obtener sus datos personales lesionando sus derechos fundamentales, utilizarlos para conseguir beneficios sustanciosos mediante su venta a otras compañías y procesarlos a través de algoritmos con finalidades comerciales muy diversas<sup>35</sup>.

Desde el punto de vista de la protección de los derechos constitucionales cabría esperar una mayor sensibilidad de la Administración norteamericana que de China en relación con el control de la actividad de sus compañías tecnológicas. Sin embargo, la experiencia nos muestra que esa sensibilidad no se ha manifestado ni siquiera para proteger los derechos constitucionales de la ciudadanía norteamericana. Lo que sabemos desde 2016 sobre la forma en que estas compañías están abusando de su posición de monopolio para lesionar los derechos constitucionales a nivel global es muy preocupante. Tras las elecciones presidenciales norteamericanas y el acceso al poder de un personaje tan peculiar como Donald Trump bien se puede decir que el lema real de su Presidencia no ha sido «America First» sino «American Tech Companies First».

La Administración norteamericana se ha debilitado extraordinariamente y en eso contrasta enormemente con la posición de China. En el caso de China, son sus compañías tecnológicas las que se someten a los intereses generales de China como país. La tensión real en el mundo no se da tanto entre China y Estados Unidos sino más bien entre las compañías tecnológicas norteamericanas y China, que actúa como un agente global con estrategias más propias de una gran compañía comercial que de una Estado.

<sup>34</sup> Sin embargo, la prohibición ha sido levantada, de momento, por un juez federal. Cfr. XIMÉNEZ DE SANDOVAL, P.: «Un juez impide al Gobierno de Trump vetar a TikTok en Estados Unidos», *El País*, 28 de septiembre de 2020.

<sup>35</sup> Resulta sorprendente que mientras Facebook compró en 2012 Instagram por 1.000 millones de dólares, pagara en 2014 nada menos que 19.000 millones de dólares por WhatsApp sin que esta última compañía, según indica *The Economist*, a pesar del enorme precio que ha pagado Facebook por ella, genere ingresos. Aunque el texto no se pronuncia sobre los posibles motivos, parece evidente que la motivación económica, no estando en la publicidad tiene que basarse en algún otro interés para Facebook y no es difícil imaginar cuál es ese interés. Cfr. «Dismembering Big Tech», *The Economist*, Oct. 24th 2019.

Esas estrategias le otorgan ventaja a China sobre Estados Unidos en el contexto de la globalización. La lucha por la hegemonía digital va a ser muy complicada y seguramente no habrá un vencedor. La compenetración de ambos países en sus estructuras económicas y tecnológicas es muy importante y las pérdidas serían enormes para ambos si se produce un conflicto abierto. Sea cual sea el resultado, lo que parece claro es que nuestros derechos constitucionales y nuestras estructuras políticas se seguirán viendo sometidos a agentes externos que lesionan el sistema democrático, condicionan las políticas públicas y vulneran masivamente los derechos fundamentales.

La gran esperanza podría ser Europa, pero la Unión Europea no está presente en esta batalla por la hegemonía digital. Baste recordar que, de las ocho primeras compañías del mundo en valor bursátil, cinco son americanas y dos son chinas (Apple, Amazon, Microsoft, Alphabet/Google, Facebook, Alibaba y Tencent, por ese orden)<sup>36</sup>. El debate en torno al 5G ha evidenciado la absoluta incapacidad de la Unión Europea para adquirir un mínimo protagonismo en relación con las nuevas perspectivas que se abren a la economía digital. Por el contrario, los Estados europeos se ven en una situación complicada frente las presiones contradictorias de Estados Unidos y de China, teniendo que elegir entre dos alternativas que no responden en ningún caso a los intereses de Europa<sup>37</sup>.

Ausente de la lucha por la hegemonía digital, la Unión Europea podría, cuando menos, garantizar los derechos de su ciudadanía mediante la regulación y el control de la actividad de estas compañías, americanas o chinas. Pero lo cierto es que, frente a todos los problemas que plantea la transformación digital, la respuesta de Europa ha sido muy limitada, teniendo que ser afrontada en algunos ámbitos (como el de las *fake news*) por los Estados miembros a través de medidas que han tenido una eficacia desigual. No hay, desde luego, una política europea que haya sido eficaz hasta ahora, a pesar de los innegables esfuerzos de la Comisión Europea. Ello se debe, en gran medida, al hecho de que la Unión Europea no puede suplir, en el estado actual del proceso de integración, las deficiencias de los Estados miembros, y no puede diseñar políticas de amplio alcance que sean realmente efectivas.

Por ejemplo, Europa puede promover el almacenamiento de datos en servidores europeos y eso es un paso positivo<sup>38</sup>, pero la lesión de los datos personales que se está generando por parte de las compañías tecnológicas no tiene mucho que ver, al menos todavía, con los datos almacenados en la nube. La clave son las

36 La única no tecnológica de las ocho primeras, que ocupa el puesto número dos, es Saudi Aramco. Cfr. CORONA, S., FARIZA, I.: «Las tecnológicas agigantan su dominio en plena pandemia», cit.

37 Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., «Continuidad y discontinuidad del proyecto europeo frente a la crisis sanitaria y la globalización», *La ciudadanía europea*, n.º 1/2020.

38 Teniendo en cuenta que el punto de partida es pésimo: el 92% de los datos generados en el mundo occidental están custodiados por empresas norteamericanas frente a un 4% en Europa: cfr. L. PELLICER-I. FARIZA, *Europa ultima un plan para dar la batalla en el negocio de los datos*, *El País*, 27 de noviembre de 2019.

aplicaciones de Internet, que son las que hacen posible la acumulación de datos por esas compañías para utilizarlos luego en el mercado, tratarlos a través de algoritmos y darles un valor económico. El problema es que esas aplicaciones no se desarrollan por el sector público sino que requieren de un entorno digital adecuado que el sector público puede promover pero no liderar.

El hecho de que la Unión Europea esté ausente del mundo digital es de un gran relevancia para el proceso de integración. Se trata de un ámbito de tensión creciente del proceso de globalización en el que se está decidiendo el futuro de las economías nacionales y el reparto de poder en el mundo. La crisis sanitaria no solamente no ha interrumpido este proceso sino que lo ha impulsado. Si la aceleración de los procesos históricos que está provocando la tercera globalización dan lugar a que cada año del siglo XXI esté generando transformaciones que en muchos ámbitos equivalen a una década del siglo XX, podríamos decir que este año 2020 va a adelantar en mucho más de una década (medida en términos del siglo XX) la transformación del mundo en sentido digital.

El mundo que viene después de la pandemia será todavía menos europeo de lo que estaba siendo ya en las últimas décadas. El problema para el derecho constitucional es que será también menos constitucional en relación con la calidad democrática de nuestros países, la garantía de los derechos de la ciudadanía, la dimensión social de las políticas y el control del poder de los grandes agentes globales.

## VII. CONCLUSIONES.

La crisis sanitaria ha coincidido con un periodo de extrema debilidad del Estado y del derecho constitucional, derivada de las crisis previas que se han producido en el siglo XXI, que han acentuado el declive del poder estatal frente a los agentes globales en el terreno económico y en los procesos comunicativos que definen el espacio nacional de la política. La relación entre constitución y Estado explica la crisis profunda de un Derecho constitucional que se construyó en el mundo moderno en torno al Estado y que sufre las consecuencias de la creciente debilidad del Estado. Las crisis del siglo XXI se han desarrollado más allá de las limitadas fronteras estatales y su solución no ha dependido del Estado ni de la constitución estatal. Al contrario, la constitución se ha percibido en demasiadas ocasiones como un obstáculo, más que como un cauce para la solución de los problemas que la globalización ha generado en este siglo XXI, que podría muy bien definirse, hasta ahora, como un siglo «aconstitucional». En parte ello se debe a que, en el contexto de la globalización, la constitución, que proyecta una imagen de libertad y derechos, promete más de lo que puede cumplir.

Aunque el Estado parece haber recobrado el poder de otros tiempos con la crisis sanitaria, precisamente por la necesidad de hacer frente a la pandemia, lo cierto es que la crisis sanitaria no va a suponer un retorno a la plenitud de la

soberanía estatal y un freno a la globalización, sino una profundización en las tendencias generadas por la globalización en el siglo XXI, con una mayor dependencia de los Estados respecto de los agentes tecnológicos y económicos globales. El fracaso de las instancias supranacionales e internacionales en el control de la propagación del virus no es más que un reflejo del propio fracaso de los Estados, ya que ellos no compiten con esas instancias sino que las controlan y deciden el alcance de su actuación.

Si los Estados le hubieran otorgado más competencias de coordinación en esta materia a las instancias internacionales y supranacionales, el control de la epidemia podría haber sido mucho más eficaz. Ha sido justamente el fracaso de esa coordinación lo que ha obligado a los Estados a actuar como último recurso en condiciones ya muy difíciles y sin tener una idea precisa de la orientación que debían darle a sus políticas. Ese desorientación ha sido todavía más evidente en los Estados gobernados por líderes populistas, donde la inacción estatal ha contribuido a agravar la propagación del virus y sus efectos letales.

Los Estados no compiten con las instancias supranacionales e internacionales, pero sí lo hacen con las grandes compañías tecnológicas, a las que deberían controlar para evitar la lesión masiva de derechos que están generando en los últimos años. Sin embargo, la crisis sanitaria ha impulsado extraordinariamente el poder de estas compañías y la dependencia de los Estados de sus aplicaciones para luchar de manera eficaz contra la pandemia. Esa mayor dependencia afectará inevitablemente al derecho constitucional, debido a la consolidación del poder social y político de las grandes compañías tecnológicas, que tendrán una posición todavía más sólida para evitar el control y la regulación de sus actividades por parte de los Estados y de las instituciones supranacionales.

La lucha por la hegemonía digital entre China y Estados Unidos no va a favorecer la recuperación de los derechos fundamentales afectados por las aplicaciones de internet y la actividad de las grandes compañías tecnológicas. Tampoco va a ayudar a la recuperación de la calidad democrática de nuestros países, tan dañada en los últimos años por la fragmentación y radicalización del espacio público y por la intervención de compañías como Facebook en procesos electorales favoreciendo a determinadas opciones políticas. Se trata de un conflicto que se produce entre un Estado autoritario, China, y unas compañías tecnológicas, las norteamericanas, que han manifestado también escaso respeto por los derechos constitucionales hasta el presente, incluso en su país de origen.

La tensión entre China y Estados Unidos por la supremacía digital no es ya, como durante la guerra fría, la confrontación entre un mundo que representaba la libertad frente a otro que representaba la dictadura. No porque China no represente ahora la dictadura sino porque las compañías tecnológicas que están detrás de la Administración Trump no representan a la libertad. Sus estrategias de negocio y su forma de actuar frente a los derechos de los consumidores de sus productos y los usuarios de sus aplicaciones no son muy diferentes a las de las compañías tecnológicas chinas. La ausencia de la Unión Europea de esta competencia

digital limita sus posibilidades de actuación a la regulación y el control de las grandes compañías tecnológicas en el ámbito europeo, algo que, en cualquier caso, resulta ya urgente para garantizar el futuro de nuestra democracia y de nuestros derechos.

Por otro lado, la crisis sanitaria, incluso si se resolviera en un breve espacio de tiempo, ha provocado más daño que el ya enorme de las pérdidas humanas y de las tragedias que se están viviendo en todo el mundo. Esta crisis lleva otras en su interior, como la crisis económica que estamos sufriendo ya y que va a ser un nuevo factor de progresivo debilitamiento de los Estados nacionales frente a los agentes globales. Será también, desgraciadamente, un nuevo impulso a la progresiva marginación del derecho constitucional que estamos experimentando en este siglo XXI. La crisis sanitaria va a confirmar, por tanto, las tendencias que se han generado en los últimos años en el contexto global: debilidad del Estado, afectación de la normatividad del orden constitucional, pérdida de valor de los derechos fundamentales frente a la tecnología y a la economía, alteraciones en la división de poderes, declive de los derechos sociales, involución democrática, polarización, transformación de las pautas culturales y retroceso civilizatorio, en suma.

La gran paradoja de nuestro tiempo es que el desarrollo económico y tecnológico no está contribuyendo, como en otras épocas históricas, a favorecer el avance civilizatorio. Por el contrario, está marginando a instituciones fundamentales para la convivencia que el constitucionalismo había tardado siglos en construir y que, debido a su dimensión estatal, no sirven para controlar a los grandes agentes globales, que actúan así sin límites y sin atención alguna a los valores, principios y garantías que forman parte de nuestro patrimonio constitucional universal.

\*\*\*

TITLE: *Health crisis and Constitutional law in a global context*

ABSTRACT: *This paper analyses the impact of the health crisis on constitutional law, taking into account the global context and, therefore, the impact that the crisis may have on the constitutional state with the boost that it will give to the great global agents that have caused the great crises of constitutionalism in our time.*

RESUMEN: *En este trabajo se analiza la incidencia de la crisis sanitaria sobre el derecho constitucional teniendo en cuenta el contexto global y, por tanto, la incidencia que la crisis puede tener sobre el Estado constitucional con el impulso que va a dar a los grandes agentes globales que han provocado las grandes crisis del constitucionalismo de nuestra época.*

KEY WORDS: *Health crisis, constitutional law, economic crisis, technological companies, populism.*

PALABRAS CLAVE: *Crisis sanitaria, derecho constitucional, crisis económica, compañías tecnológicas, populismo.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 27.06.2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 09.09.2020