

Il costituzionalismo digitale: tra realtà digitale, prospettiva tecnologica e mera distopia costituzionale^()*

Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO*

Sommario: 1. Introduzione: società digitale e diritto costituzionale 2. Il costituzionalismo digitale come reazione alla realtà digitale 3. Costituzionalismo digitale e lungimiranza tecnologica 4. Costituzionalismo digitale contro distopia costituzionale 5. Considerazioni finali: la digitalizzazione costituzionale

1. Introduzione: società digitale e diritto costituzionale¹

Il progresso digitale è stato una delle manifestazioni più intense dello sviluppo tecnologico e del suo impatto sociale a partire dalla fine del XX secolo. Superando la cosiddetta *società industriale* e la *società dell'informazione* (e collegandosi alla *società del rischio*, anch'essa fiorente in quel periodo), si è finalmente arrivati a parlare in generale di *società digitale*, soprattutto dinanzi alla pandemia². La crisi dovuta al Covid-19, come altre crisi recenti, non ha fatto altro che catalizzare processi e cambiamenti che erano già in atto in precedenza (anche ben prima), ma che ora vengono accelerati da emergenze che, tuttavia, finiscono per comportare evoluzioni potenzialmente destinate a rimanere³. Così, lo slancio digitale sperimentato in questo periodo di pandemia, e in particolare durante i lockdown che hanno avuto luogo in tutto il mondo (e durante i quali la tecnologia digitale è arrivata a fungere da unico ponte aperto alle nostre relazioni familiari, sociali, culturali, sanitarie, economiche, lavorative, commerciali, educative e persino giuridiche e politiche), ha accelerato le trasformazioni in corso da anni in questi settori, fino a raggiungere obiettivi di digitalizzazione già annunciati con diversi anni di anticipo. Questa accelerazione tecnologica e digitale, oltre che l'effetto di emergenze congiunturali, riflette il fatto che, costretti a vivere come incapsulati nelle nostre case, lo spazio virtuale e gli ambienti digitali hanno soppiantato le strade, le piazze, gli uffici, le aule di scuola o universitarie, i negozi o le sale dei ristoranti; fino a farne un "new normal", dove siamo immersi in un quadro inedito di relazioni ibride tra ambienti virtuali e spazi fisici che ancora resistono.

Così, e nel bel mezzo della reclusione, hanno cominciato a tenersi seminari, ovviamente *online* (noti come webinar), sulle trasformazioni in atto; seminari, inoltre, in cui l'oggetto di studio, come il formato informatico in cui si sviluppavano, venivano a convergere di fronte a nuove sfide per il diritto costituzionale. Con questo non vogliamo dire che queste sfide non siano state causate da questioni che

^(*) Traduzione dallo spagnolo di Giacomo Palombino.

* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Granada.

¹ Questo lavoro è stato svolto nell'ambito del progetto di ricerca "La configuración del espacio público en las redes sociales y su incidencia sobre la democracia pluralista y la Constitución" (PID2019-106118GB-I00).

² Cfr. J. F. Sánchez Barrilao, *Riesgos y seguridad a comienzos del siglo XXI (y una coda al respecto de la crisis del COVID-19)*, in Aa.Vv., *Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, Cizur Menor, 2020, pp. 311-313.

³ Id., *Transformaciones, tendencias y algún recelo sobre la potestad normativa (legislativa) en los tiempos de la Covid-19*, in Aa.Vv., *División de poderes en el Estado de partidos*, Madrid, 2021, pp. 54-55 e 74-75.

si fanno strada da anni, ponendo problemi a livello costituzionale⁴, ma piuttosto che queste non hanno generato l'interesse che ora, sulla scia del loro intenso sviluppo durante la pandemia, determinano; basti ricordare, a questo proposito, tutta la problematica costituzionale sorta intorno al "Radar Covid" nel 2020 (un'applicazione digitale per il monitoraggio, il controllo e l'allerta personale progettata e diretta dal governo spagnolo per aiutare a prevenire la diffusione del coronavirus, il corrispettivo dell'applicazione italiana "Immun")⁵.

Anche dal limitato punto di vista offerto dal breve tempo trascorso da questo momento di eccezione e di così intense trasformazioni, vale comunque la pena di rilevare tre questioni di rilievo teorico sul diritto costituzionale e il mondo digitale.

La prima, già nota da tempo, consisterebbe nel progressivo superamento di un diritto costituzionale costruito sulla base di una costituzione normativa al servizio del pluralismo e come risposta alla società industriale (con la lotta di classe), incanalando al contempo la cosiddetta società dell'informazione; ma di una costituzione, come avverte Balaguer Callejón, che si è sviluppata in una prospettiva evidentemente *analogica* (dato lo stato tecnologico dell'epoca), pur prendendo progressivamente coscienza del digitale (come nel caso della Costituzione spagnola del 1978, art. 18.4)⁶. Ciò non significa che il significato normativo della costituzione, né quello del pluralismo (ovviamente), siano stati superati; semplicemente, oggi si comincia ad apprezzare una certa difficoltà nella capacità normativa di una costituzione nata e sviluppata in un contesto che non è più quello in cui agisce ora (il che potrebbe avere ripercussioni, tra l'altro, sulla sua stessa validità), nella misura in cui sono cambiate le sue premesse⁷; anche se la costituzione e il diritto costituzionale mantengono la loro missione teleologica di ordinare e limitare il potere, dandogli forma (secondo la felice espressione di Rubio Llorente)⁸, come garanzia giuridica della libertà⁹.

La seconda questione riguarderebbe il c.d. 'costituzionalismo digitale', se non altro a conferma del complesso rapporto del costituzionalismo 'analogico' con l'attuale società digitale: in altre parole, di come il costituzionalismo venga inteso di fronte all'attuale digitalizzazione della realtà e alla sua classica missione di continuare a garantire la libertà dal potere¹⁰; ma questo, in linea di principio, semplicemente per segnalare, ancorché in modo critico, difficoltà e sfide costituzionali del tempo presente¹¹. Pertanto, sarebbe più appropriato parlare di un *costituzionalismo nella o di fronte alla società digitale*, invece che di un costituzionalismo digitale; poiché ciò che traspare in definitiva (in questa sua nuova dimensione) è un progressivo superamento del diritto costituzionale analogico da parte di una realtà a fortissima impronta digitale, in cui il potere, inteso come insieme di poteri attuali (e molti di essi di natura privata), finisce per tracimare e sfuggire alla sua effettiva conformazione giuridica (con la conseguente crisi della concezione normativa costituzionale su cui poggia, data la difficoltà di offrire un'adeguata regolazione e garanzia giuridica dei nuovi rapporti di potere oggi esistenti).

In questo modo, e come terza questione, si tratterebbe quindi di considerare, come minimo (e seguendo ancora una volta Balaguer Callejón), la digitalizzazione della costituzione e del diritto costituzionale, integrandovi la tecnologia digitale e il suo effettivo impatto a livello sociale, culturale, economico, politico e giuridico, al fine di cercare nuovi modi di conformare giuridicamente la limitazione

⁴ Ad esempio, V. Frosini, *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2/2000, pp. 271-280.

⁵ Ad esempio, R. Rodríguez-Prieto, *Consecuencias de la STC 76/2019, de 22 de mayo en la privacidad y uso de apps para el control de la COVID. El caso del Radar COVID*, in *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 43/2020, p. 189 ss.

⁶ F. Balaguer Callejón, *La Constitución del algoritmo* (https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/actividades/documentos/2021/20210415_dc_resumen_ponencia_balaguer_callejon_f_es_o.pdf).

⁷ Id., *Fuentes del Derecho I. Principios del ordenamiento constitucional*, Madrid, 1991, pp. 125-126.

⁸ F. Rubio Llorente, *La forma del poder: estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993.

⁹ Cfr. A. Pace, *Los retos del constitucionalismo en el siglo XXI*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2/2005, p. 161 ss.

¹⁰ Su tale considerazione classica del costituzionalismo, O. Beaud, *Constitución y constitucionalismo*, in Aa.Vv., *Diccionario Akal de filosofía política* (trad.), Madrid, 2001, p. 137 ss.

¹¹ In questa prospettiva, E. Celeste, *Digital constitutionalism. Mapping the constitutional response to digital technology's challenges*, in *Hiig Discussion Paper Series*, 2/2018, p. 3 ss.

e l'organizzazione del potere come garanzia di libertà; ma anche di delineare un autentico costituzionalismo digitale come concretizzazione di specifici istituti e principi giuridici e politici in relazione al progresso tecnologico e alla società digitale, nonché all'organizzazione del potere in relazione alla democrazia e ai diritti umani.

E ciò, occorre sottolineare, anche superando l'ormai classico dibattito sul mero adattamento del costituzionalismo ai nuovi tempi, nella misura in cui il digitale sta trasformando il tipo di società e i rapporti di forza in essa esistenti e quindi, ovviamente, i presupposti stessi su cui questo costituzionalismo digitale dovrebbe essere costruito. Si pensi, ad esempio, al dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi negli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso intorno all'attività televisiva come libertà di trasmissione¹², per poi essere superato dalla digitalizzazione della televisione e dalla comparsa dei canali su Internet¹³. Che fine ha fatto, allora, la questione delle ritrasmissioni televisive *pirata* e locali rispetto agli altri canali pubblici e privati con cui si è trovata a competere, e la particolare rilevanza costituzionale di tale questione in materia di libertà di espressione e di informazione? Ciò vale ancora di più oggi, quando il dibattito sembra spostarsi a vantaggio degli *streamer* e degli *youtuber* come nuove forme di comunicazione online, che si pongono in concorrenza con la televisione, in funzione dell'accesso a Internet e della neutralità di Internet come nuovi diritti da considerarsi in progressiva configurazione giuridico-costituzionale¹⁴.

2. Il costituzionalismo digitale come reazione alla realtà digitale

L'intenso progresso informatico in termini di software e hardware, i *Big Data* e l'Intelligenza Artificiale (IA), le nuove tecnologie di comunicazione, Internet e le reti sociali, la raccolta e crittografia delle informazioni, tutto ciò spinge verso forme nuove di relazioni sociali, economiche, politiche e giuridiche che trasformano, in modo permanente, le nostre relazioni e le forme di organizzazione sociale, economica, politica e giuridica. Ne deriva una alterazione dell'equilibrio tra il diritto e la realtà che esso cerca di regolare: soprattutto per quanto riguarda la comparsa non solo di nuove forme di oppressione da parte dei tradizionali poteri pubblici, ma anche dell'emergere di nuovi poteri privati; in entrambi i casi violando diritti e libertà individuali¹⁵; e inoltre (come già accennato), con un crescendo i cui prodromi erano stati già avvertiti da tempo¹⁶. In questo modo, la costituzione normativa e il diritto costituzionale che la sviluppa sono stati messi progressivamente sotto pressione, di fronte alla nuova realtà digitale incombente, pur tra limiti sostanziali, formali e temporali, dettati come risposte giuridiche al riguardo; e ciò, soprattutto, per garantire diritti e libertà di fronte alle nuove sfide e ai nuovi rischi digitali che crescono intorno a noi.

Si tratta indubbiamente di una prospettiva classica del costituzionalismo, in quanto si ricollega alla sua accezione più antica¹⁷, oltre che a quella liberale¹⁸, ponendo l'accento sull'idea di limitazione del potere come garanzia di libertà; mediante il riconoscimento di nuovi diritti e di nuove espressioni dei

¹² J. F. Sánchez Barrilao, *El derecho fundamental a la actividad televisiva (I)*, in *Revista Jurídica de Andalucía*, 18/1996, p. 35 ss.; Id., *El derecho fundamental a la actividad televisiva (II)*, ivi, 19/1996, p. 591 ss.

¹³ Id., *La televisión local digital terrestre en Andalucía y el cese de emisiones en analógico*, in *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, 74/2009, p. 147 ss.

¹⁴ Id., *Sobre "youtubers" y la neutralidad de la red*, in Aa.Vv., *Desafíos de la protección de menores en la sociedad digital: Internet, redes sociales y comunicación*, Valencia, 2018, p. 195 ss.

¹⁵ F. Balaguer Callejón, *Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 32/2019.

¹⁶ "Cuando el poder político no se controla, incluso los instrumentos de la nueva tecnología, de comunicación de masas, de la llamada 'educación popular', pueden ser pervertidos en una gran máquina de corrupción. La corrupción de las mentes se consigue gracias a una desinformación masiva y a la prohibición de toda crítica": M. Cappelletti, *¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la 'justicia constitucional'*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 17/1986, p. 9 ss.

¹⁷ M.J.C. Vile, *Constitucionalismo y separación de poderes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

¹⁸ J. M. Olarieta Alberdi, *La separación de poderes en el constitucionalismo burgués*, in *Nómadas: Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, 32/2011, p. 331 ss.

diritti classici, di fronte a nuove forme di aggressione digitale alla dignità degli individui, nonché in virtù di nuovi doveri e restrizioni al fine di limitare o temperare l'impatto dell'attività digitale pubblica e privata sulla libertà e sulla democrazia. In tale prospettiva, la Costituzione spagnola sarebbe arrivata, già nel 1978, a tutelare la privacy di fronte alle nuove tecnologie dell'informazione (art. 18.4)¹⁹. Più di recente, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, giuridicamente vincolante (dal dicembre 2009, ai sensi del Trattato di Lisbona), ha previsto la protezione dei dati personali (art. 8); altresì affermando, nel suo Preambolo, che: "è necessario rafforzare la protezione dei diritti fondamentali alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e dei progressi scientifici e tecnologici, dando loro una maggiore presenza in una Carta"²⁰. A ciò si aggiunga il Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016 (General Data Protection Regulation: GDPR), relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati²¹.

In questo contesto di crescenti rischi informatici per l'individuo, ma con un carattere più generale e sistemico, è stata adottata dal governo spagnolo, il 15 luglio 2021, la "Carta dei Diritti Digitali", quale documento inteso a riflettere, a partire dalla dignità dell'individuo (art. 10.1, Cost. spagnola), sul progresso digitale umanistico e sulla necessità di assicurare che il quadro normativo garantisca la tutela dei diritti individuali e collettivi delle persone, nonché dei valori costituzionali²²; e su questa base, proclamare come diritti, insieme alla protezione dei dati (e tra gli altri), l'identità nell'ambiente digitale, la pseudonimizzazione, il non essere tracciati e profilati, la sicurezza informatica, il patrimonio digitale, l'uguaglianza e la non discriminazione nell'ambiente digitale, il già citato accesso e la neutralità di Internet, la protezione dei minori, la libertà di espressione e di informazione e il ricevere informazioni veritiere, la partecipazione dei cittadini, l'educazione digitale, ecc., oltre a specificare alcuni ambienti digitali (lavoro e affari, ambiente, salute, ricerca, cultura, intelligenza artificiale, ecc.). Sulla base della dipendenza tecnologica e del rischio digitale, la Carta propone, a sua volta, uno scenario dinamico di riflessione sui diritti maggiormente coinvolti nella società digitale e sul loro necessario riconoscimento e garanzia; e in linea con questo, una proposta di principi e valori basati su una concezione umanistica della gestione (pubblica e privata) del mondo digitale. Un buon punto di partenza, quindi, per un autentico costituzionalismo digitale, come qualcosa di più della semplice constatazione delle carenze digitali del nostro diritto costituzionale, proponendo nuovi modi di articolare regole, principi e valori costituzionali nel nuovo contesto digitale²³.

Tuttavia, questo riconoscimento della costituzione digitale pone anche dei limiti. Un esempio di ciò e della comparsa di manifestazioni a dir poco inedite dei diritti in questo nuovo contesto tecnologico (e in ambito europeo) è il caso del ben noto diritto all'oblio, quale espressione prototipica di come il progresso digitale, con i motori di ricerca su Internet, sia arrivato ad alterare il senso di privacy di una persona rispetto a dati personali del passato che possono essere recuperati e trattati in modo massiccio e istantaneo (dato che basta fare una query su qualcuno in un browser Internet perché vengano immediatamente visualizzate centinaia di voci). Fermo restando l'attuale riconoscimento di

¹⁹ Ad es., A. E. Pérez Luño, *Informática y libertad: Comentario al artículo 18.4 de la Constitución*, in *Revista de Estudios Políticos*, 24/1981, p. 31 ss.

²⁰ Sulla progressiva configurazione di un costituzionalismo digitale in Europa in tale prospettiva, v. ad es.: G. De Gregorio, *The rise of digital constitutionalism in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, 19(1)/2020, p. 41 ss.; G. De Gregorio e O. Pollicino, *The European Constitutional Road to Address Platform Power*, in *VerfBlog*, 2021/8/31.

²¹ Ad es., J. L. Piñar Mañas, *Introducción: hacia un nuevo modelo europeo de protección de datos*, in Aa.Vv., *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Madrid, 2016, p. 15 ss.

²² Il documento afferma espressamente: "La presente Carta de Derechos Digitales, elaborada a partir del trabajo realizado por el Grupo asesor de Expertas y Expertos constituido por la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, se construye sobre tal cimiento". E diciamo "documento" perché, come vedremo più avanti, è stato approvato al di fuori del sistema delle fonti e quindi è privo di qualsiasi regolamentazione.

²³ Cfr. M. Barrio Andrés, *Los derechos digitales: de la LOPDGD a la Carta de Derechos Digitales de España*, in *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review*, 9/2021.

tale diritto nel già richiamato GDPR (art. 17)²⁴, va ricordato che è con la Sentenza della Corte di Giustizia del 13 maggio 2014, nella causa *Google Spain SL e Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos e Mario Costeja González*, che (alla luce della Direttiva 95/46/CE) tale diritto è apparso realmente:

Dato che l'interessato può, sulla scorta dei suoi diritti fondamentali derivanti dagli articoli 7 e 8 della Carta, chiedere che l'informazione in questione non venga più messa a disposizione del grande pubblico mediante la sua inclusione in un siffatto elenco di risultati, occorre considerare – come risulta in particolare dal punto 81 della presente sentenza – che i diritti fondamentali di cui sopra prevalgono, in linea di principio, non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, ma anche sull'interesse di tale pubblico a trovare l'informazione suddetta in occasione di una ricerca concernente il nome di questa persona (§ 97)²⁵.

Ma è ancora in occasione di un'altra sentenza della Corte di Giustizia, quella del 24 settembre 2019, nella causa *Google LLC c. Commission nationale de l'informatique et des libertés*, che sono emersi con chiarezza i limiti giuridici e tecnologici del riconoscimento del diritto all'oblio in Europa, in quanto non solo è limitato all'ambito geografico dell'Unione Europea (dato il quadro giurisdizionale e la validità del diritto dell'Unione Europea)²⁶, ma anche, e in ultima analisi, è esposto ai rischi dovuti a potenziali truffe digitali che l'uso di reti private virtuali (*virtual private network*; VPN) può comportare, consentendo di modificare o mascherare l'IP di chi cerca dati personali precedentemente ed espressamente esclusi da un elenco di risultati (e, quindi, di poter accedere a dati dell'Unione Europea, come se fosse al di fuori del suo territorio e della sua giurisdizione).

Ciò dimostra le debolezze giuridiche e politiche di questo modo di intendere il costituzionalismo digitale, poiché il diritto in generale, e il diritto costituzionale in particolare, non solo sono in ritardo rispetto al progresso tecnologico-digitale, ma possono anche essere aggirati da esso. Naturalmente, i cambiamenti sociali e tecnologici portano normalmente e abitualmente a disallineamenti con i rispettivi sistemi giuridici in vigore in un determinato momento, che a loro volta vengono risolti attraverso le conseguenti modifiche normative²⁷. Il problema nasce quando questi cambiamenti sono prodotti da un progresso tecnologico molto intenso automatizzato e con una mancanza di controllo (anche) pubblico, come è attualmente il caso della tecnologia digitale²⁸, in modo tale che questo squilibrio altera la capacità normativa ordinaria di adattarsi costantemente al nuovo, e il diritto costituzionale diventa allora una mera risposta al passato, dati i nuovi problemi che si presentano costantemente; e con questo, il diritto costituzionale diventa una semplice risoluzione dei conflitti, invece di regolare rapporti di potere. In questo senso, riteniamo che siano due le obiezioni che questo modo di intendere il costituzionalismo digitale solleva: da un lato, la considerazione negativa del progresso e della tecnologia digitale che finisce per essere desunta, in quanto intesa non solo come un rischio per gli individui, ma anche come un problema per un'adeguata e ordinata formazione giuridica dell'intera comunità sociale, economica, politica e legale²⁹; e dall'altro, ipotizzando che il futuro della società

²⁴ M. Martínez López-Sáez, *Los nuevos límites al derecho al olvido en el sistema jurídico de la Unión Europea: la difícil conciliación entre las libertades económicas y la protección de datos personales*, in *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, 2/2017, p. 139 ss.

²⁵ Ad es.: G. Minero Alejandro, *A vueltas con el "derecho al olvido". Construcción normativa y jurisprudencial del derecho a protección de datos de carácter personal en el entorno digital*, in *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 30/2014, p. 129 ss.; M. Hernández Ramos, *Motores de búsqueda y derechos fundamentales en internet: comentario a la STJUE, GOOGLE C-131/12, de 13 de mayo de 2014*, in *Revista General de Derecho Europeo*, 34/2014.

²⁶ Cfr. J. Villarino Marzo, *El derecho al olvido tiene límites, también territoriales... aunque no todo está dicho: Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 24 de septiembre de 2019 en el caso Google vs CNIL (C-517/17)*, in *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review*, 3/2019.

²⁷ Interessante, sulla "inesauribilità delle fonti", F. Balaguer Callejón, *Fuentes del Derecho I*, cit., p. 153.

²⁸ J. F. Sánchez Barrilao, *De la ley al reglamento delegado. Deslegalización, acto delegado y transformaciones del sistema de fuentes*, Cizur Menor, 2015, in particolare p. 227 ss.

²⁹ Da questa prospettiva negativa a livello europeo e in linea di principio, Id., J.F. Sánchez Barrilao, *Innovación digital, ciudadanía e integración europea*, in Aa.Vv. *Europa, società aperta (I: Problemi attuali e prospettive future)*, Napoli, 2022, p. 419 ss.

come comunità sia lasciato nelle mani di ingegneri e aziende (informatiche) invece che dei rappresentanti politici dei cittadini (in quanto membri della comunità), con il conseguente problema che ciò determina in relazione al principio democratico e alla garanzia del pluralismo sociale e politico³⁰.

3. Costituzionalismo digitale e lungimiranza tecnologica

La Carta dei diritti digitali dichiara espressamente di avere un triplice obiettivo, “descrittivo, prospettico e assertivo”, in quanto, dopo aver preso atto dei nuovi contesti e scenari digitali esistenti, insieme ai conflitti e alle sfide che essi pongono, deve anche cercare di “anticipare gli scenari futuri già prevedibili”; in altre parole, ipotizzare i potenziali sviluppi tecnologici per prepararsi ad essi. Fermo restando che tale visione ci permette di affrontare meglio la dinamicità del progresso digitale in relazione all’organizzazione giuridica dei rapporti sociali e di potere (e quindi di risolvere alcune delle obiezioni sollevate in precedenza), il dato è che essa risponde ancora a una percezione astratta del rischio dello sviluppo informatico che, pur essendo tale (poiché condividiamo la sfida posta dai rischi digitali, soprattutto per la dignità, i diritti e le libertà), riteniamo limitata.

Come sottolineato nel precedente paragrafo, una delle obiezioni mosse verso il concetto di costituzionalismo digitale è ammettere, in ultima analisi, che gli interventi volti a generare lo sviluppo delle tecnologie dell’informazione e dunque la configurazione della società digitale siano da addebitare sempre all’iniziativa privata; e questo, aggiungiamo noi, date le enormi risorse economiche necessarie oggi nella ricerca scientifica e tecnologica, nonché la ormai classica diffidenza della politica nei confronti della scienza e della tecnologia³¹. La conseguenza è l’arretramento del potere pubblico nella sua capacità di rispondere non solo alle esigenze presenti e future di natura tecnica (senza ulteriori indugi, la ricerca sul vaccino Covid-19, posta principalmente in mani private), ma anche di partecipare alla progettazione stessa del futuro, e con essa alla nostra limitazione rispetto al nostro futuro individuale e collettivo³².

Il primo si lega ovviamente al principio democratico, poiché alla fine sono le aziende che, da un ecosistema globalizzato, aprono e segnano i vari nodi che, a partire da oggi, delimiteranno potenzialmente il futuro (alla maniera di possibili *multiversi*)³³; ma c’è anche il nostro diritto a partecipare al progresso digitale, al di là dei meri riflessi positivi e negativi che già ci arrivano dallo sviluppo informatico che avviene in ogni momento e su richiesta privata. In questo senso, gli articoli 27.1 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948 e 15.1.b del Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali del 1966 riconoscono il diritto di partecipare e “godere dei benefici del progresso scientifico e delle sue applicazioni”; e accanto a questo, si intende, di partecipare alla formazione stessa della società digitale, nella misura in cui essa è positivamente orientata alla persona e alla cittadinanza nella sua dimensione individuale e collettiva, e in linea con questo, un certo controllo democratico sul futuro³⁴.

Si tratta indubbiamente di una percezione del costituzionalismo digitale più vicina al costituzionalismo rivoluzionario e contemporaneo (quello relativo allo Stato sociale e democratico di diritto, art. 1.1 Cost. spagnola), in quanto razionale-normativo³⁵; e ciò in quanto non mira più a mantenere un certo stato di libertà di fronte al potere, ma piuttosto a ricercare l’organizzazione e la progettazione

³⁰ Ancora Id., *El Derecho constitucional ante la era de Ultrón la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional*, in *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, 64(2)/2016, p. 225 ss.

³¹ Vid. Id., *Sobre la Constitución normativa y la tecnología*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 8/2005, p. 257 ss.

³² J. Esteve Pardo, J. Tejada Palacios, *Ciencia y Derecho: La nueva división de poderes*, in *Revista de Derecho Público*, 84/2013, pp. 185-192; J. Esteve Pardo, *Decidir en la incerteza: El Derecho y los Poderes Públicos ante las crecientes incertidumbres de la ciencia*, in *Revista de Derecho Administrativo*, 12(1)/2012, p. 105 ss.; e *La apelación a la ciencia en la crisis del COVID-19*, in *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 2/2020, p. 35 ss.

³³ J. F. Sánchez Barrilao, *Sobre la Constitución normativa y la globalización*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 7/2004, p. 241 ss.

³⁴ Id., *Los fundamentos del “progreso informático” en la Unión Europea*, in *Revista de Derecho Político*, 98/2017, p. 335 ss..

³⁵ M. García-Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1984 (2a ristampa 1991), pp. 34-41.

del potere, la sua forma, in modo tale da permettere il riconoscimento e l'esercizio effettivo dei diritti e delle libertà, postulando la trasformazione della realtà stessa in questo senso e nelle mani, in misura maggiore o minore, dei suoi protagonisti. A partire da questa considerazione, quindi, e a differenza della concezione costituzionale presentata in precedenza (nella sezione precedente), postuliamone ora un'altra consapevole e prospettica verso il futuro che vogliamo, in modo tale da parteciparvi democraticamente attraverso il progresso informatico e il suo potenziale impatto e ripercussioni sociali³⁶.

Espressione di tale prospettiva è stata, già alla fine del secolo scorso, la progettazione politica e giuridica a livello europeo della già citata televisione digitale (Direttiva 95/47/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995 relativa all'impiego di norme per l'emissione di segnali televisivi), che ha stabilito un proprio standard qualitativo e competitivo (europeo) con cui affrontare gli sviluppi esterni (extracomunitari) dell'innovazione televisiva, promuovendo così non solo un quadro giuridico comune, ma anche un modello tecnico per ingegneri e imprese³⁷; o, più recentemente, il già citato Regolamento sulla protezione dei dati, quando, per quanto riguarda il coinvolgimento dell'informatica nella protezione dei dati personali stessi, stabilisce ora regole finalizzate al loro sviluppo tecnico da parte degli stessi informatici (ad es., art. 24, co. 1, art. 25, co. 1 e 2, art. 32, co. 1, o articolo 35, co. 1)³⁸. O, soprattutto, l'impulso e le proposte normative sull'Intelligenza Artificiale e la robotica che il Parlamento europeo promuove dal 2017 (Relazione del Parlamento europeo del 27 gennaio 2017, con raccomandazioni alla Commissione sulle norme di diritto civile in materia di robotica)³⁹, al fine di favorire il progresso competitivo dell'Intelligenza Artificiale in Europa rispetto agli sviluppi nel resto del mondo, nel rispetto e nella promozione dei diritti dei cittadini europei (come sta già avvenendo a livello ambientale nel settore dell'industria automobilistica)⁴⁰; e così, con il cosiddetto *effetto Bruxelles*, il modello tecnologico europeo che ne deriva potrebbe, se non estendersi, almeno contenere l'importazione di tecnologie dall'esterno dell'UE, date le garanzie etiche e legali che sarebbero richieste⁴¹.

Su un piano più ampio e astratto, va menzionata anche l'attuale bozza della Commissione europea di una Dichiarazione dei principi e dei diritti digitali, datata 26 gennaio 2022⁴², che, come la Carta dei diritti digitali in Spagna, cerca di segnare, anche se con un tono espressamente positivo (e in contrasto con questo, tenuto conto del tono negativo manifestato fino ad ora dalla stessa Unione europea), l'azione politica e giuridica rispetto al progresso digitale nell'Unione europea⁴³. Poiché i cittadini sono

³⁶ E questo, si badi bene, senza negare in alcun modo l'impulso del progresso tecnologico e digitale da parte dei privati, con il suo conseguente aspetto economico e commerciale, ma semplicemente rivendicando e garantendo uno spazio adeguato alle autorità pubbliche e alla partecipazione dei cittadini in questo senso.

³⁷ Di interesse, T. De La Quadra-Salcedo, *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y constitución económica europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1995.

³⁸ Vid. J.F. Sánchez Barrilao, *Los fundamentos del "progreso informático" en la Unión Europea*, cit., in particolare pp. 359-361.

³⁹ Poi, l'adozione da parte della Commissione europea della Strategia europea sull'intelligenza artificiale del 25 aprile 2018 [COM(2018) 237]. Inoltre, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni "Intelligenza artificiale per l'Europa" [SWD(2018) 137 final] e, successivamente, "Piano coordinato sull'intelligenza artificiale" del 7 dicembre 2018 [COM(2018) 795]. E a tempo debito, a conclusione di questa nota (e al momento in cui scriviamo), la Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce norme armonizzate nel settore dell'intelligenza artificiale (Atto sull'intelligenza artificiale) e modifica taluni atti legislativi dell'Unione del 21 aprile 2021 (COM/2021/206 definitivo).

⁴⁰ Cfr. J. F. Sánchez Barrilao, *Derecho constitucional, desarrollo informático e inteligencia artificial: aproximación a la propuesta del Parlamento Europeo a favor de una regulación sobre robótica*, in Aa.Vv., *Retos jurídicos por la sociedad digital*, Cizur Menor, 2018, in particolare p. 71 ss.

⁴¹ Id., *Pluralismo ordinamental y Derecho constitucional: el Derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos*, Cizur Menor, 2021, p. 200 ss.

⁴² COM(2022) 28 final. indirizzata al Parlamento e al Consiglio europeo per una proclamazione (congiunta) solenne.

⁴³ Mentre la Carta spagnola dei diritti digitali esordisce affermando: "la necesidad de asegurar que el marco normativo garantiza la protección de los derechos individuales y colectivos de las personas, los valores constitucionales que constituyen el único cimiento posible de la convivencia" antes el "intenso progreso de la investigación científica, las invenciones y las tecnologías digitales o basadas en lo digital" (Consideraciones previas), el proyecto de la Declaración europea parte de cómo afectando la transformación digital "a todos los aspectos de la vida de los ciudadanos" abriendo "enormes oportunidades para mejorar la calidad de vida o para la innovación, el crecimiento económico y la sostenibilidad, también presenta nuevos

al centro della trasformazione digitale nell'Unione europea, le tecnologie dell'informazione dovrebbero essere al servizio e a beneficio di tutti gli europei e consentire loro di realizzare le proprie aspirazioni in piena sicurezza e nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali (Capitolo I). In questo senso, oltre a riconoscere diritti (come l'accesso alla tecnologia e a Internet, all'istruzione e alla formazione digitale, a beneficio dell'Intelligenza Artificiale, a partecipare a uno spazio pubblico digitale o alla sicurezza della rete), la Dichiarazione si rivolge ai progettisti di prodotti e servizi digitali per realizzare uno sviluppo informatico in linea con gli obiettivi fissati dalle stesse istituzioni europee, come l'equità sociale, l'accesso ad ambienti online affidabili o, nello specifico, la protezione dell'ambiente⁴⁴.

Tutto ciò ci permette, a sua volta (e per concludere questa sezione), non solo di distinguere lo sviluppo informatico nella sua considerazione generale dagli usi o dalle applicazioni specifiche della tecnologia, ma anche di apprezzare le potenziali ripercussioni positive del progresso digitale a livello culturale, sociale, economico, politico e persino giuridico, nonché di consentire un certo grado di partecipazione dei cittadini ad esso, proprio al fine di raggiungere questi obiettivi collettivi. Lo stesso si potrebbe dire della gestione dello sviluppo digitale, perché qualora non venisse sfruttato economicamente, molti dei problemi che oggi gli vengono attribuiti scomparirebbero. In questo senso, il cosiddetto *software libero*⁴⁵ rappresenta ancora una risposta molto interessante a molte delle sfide digitali che stiamo attualmente affrontando (come la dipendenza tecnologica, la trasparenza digitale e il controllo pubblico, i costi economici ed energetici, l'accesso aperto alla conoscenza, ecc.)⁴⁶, al punto da poterlo elevare a categoria di *utopia digitale*, anche se dal punto di vista del business è, ovviamente, un ostacolo al mercato digitale; e un movimento tecnologico e sociale di questo tipo, con un decisivo e adeguato supporto pubblico, potrebbe ben correggere molte delle difficoltà che si osservano nella società digitale, oltre a promuovere sviluppi informatici più sensibili alle reali esigenze delle persone e delle stesse istituzioni pubbliche (una volta assicurata la necessaria cybersecurity, ovviamente)⁴⁷.

4. Costituzionalismo digitale contro distopia costituzionale

A ben vedere, siamo decisamente lontani da questa *utopia digitale*, non perché il *software libero* rimanga marginale, ma perché il diritto costituzionale sta attualmente coprendo (anche solo per omissione) un'evoluzione e uno sfruttamento informatico che non rispetta né i diritti degli individui né il principio democratico. E ciò avviene, come sottolineato in queste pagine, nonostante gli avvertimenti che la dottrina denuncia da anni in relazione agli intensi rischi che lo sviluppo informatico pone, o potrebbe porre, a svantaggio del sistema costituzionale.

Si può quindi parlare di una *distopia costituzionale* nella realtà digitale odierna, data la decadenza costituzionale che si può osservare a fronte di tanti avvertimenti di anni fa. E non ci riferiamo a Stati come la Cina, dove gli standard costituzionali sono molto lontani da quelli occidentali (alla luce del modello costituzionale normativo contemporaneo qui in vigore, nonostante la sua crisi)⁴⁸, ma agli stessi Stati Uniti d'America, avendo riguardo a come la tecnologia digitale è stata utilizzata per la sorveglianza di massa dei propri cittadini (e senza grandi garanzie giuridiche dei loro diritti), ragion

desafíos para el tejido, la seguridad y la estabilidad de nuestras sociedades y economías"; y de ahí que, a medida que se acelere la transformación digital, sea "el momento de que la Unión Europea (UE) aclare cómo deben aplicarse sus valores y derechos fundamentales en el mundo en línea" (Preámbulo).

⁴⁴ "Con miras a prevenir un daño significativo al medio ambiente y a fin de promover la economía circular, los productos y servicios digitales deben diseñarse, producirse, usarse, eliminarse y reciclarse de tal manera que se minimice su impacto ambiental y social negativo" (Cap. VI).

⁴⁵ Di interesse, J. Candón-Mena, *Soberanía tecnológica en la era de las redes*, in *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 7/2012, p. 73 ss.

⁴⁶ Già L. Lessig, nel suo classico *El código y otras leyes del ciberespacio* (trad.), Madrid, 2000.

⁴⁷ Ad es., vid. F. Martínez Cabezedo, *Soberanía tecnológica y gobierno abierto. Profundizando en las necesidades democráticas de la participación desde la tecnopolítica*, in *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 10/2015, pp. 47-70.

⁴⁸ Di interesse, L. Cotino Hueso, *Inteligencia Artificial y vigilancia digital contra la COVID-19 y contra la privacidad: el diablo está en los detalles*, in *Bie3: Boletín IEEE*, 18/2020, p. 588 ss.

per cui vi è chi parla di un *impero della sorveglianza*⁴⁹; così da favorire un vero e proprio *capitalismo della sorveglianza*⁵⁰, in cui i dati personali sono diventati una nuova merce ovvero una fonte inesauribile del mercato digitale⁵¹. Un mercato, inoltre, in cui aziende come Cambridge Analytica e Palantir, sia manipolando che prevedendo i comportamenti, hanno messo in crisi lo Stato democratico e lo Stato di diritto⁵², mentre Facebook ha cercato di superare la pressione pubblica degli scandali in cui è stato coinvolto semplicemente cambiando nome (Meta) e attività (il metaverso). Per non parlare dell'elezione, dell'amministrazione e della sconfitta elettorale (mai accettata) di un Presidente, Donald Trump, sostenuto dai social network, dal populismo e dalla post-verità, e che, nonostante le pesanti imputazioni per i fatti di Capitol Hill del 6 gennaio 2021, minaccia di volersi ricandidare⁵³. Senza dubbio, questi eventi sono più tipici di un ipotetico romanzo distopico dell'inizio di questo secolo che non di una narrazione costituzionale attuale.

Per quanto riguarda l'Unione europea, i suoi standard democratici e normativi (e l'influenza, inoltre, del Consiglio d'Europa e degli Stati membri con un forte carattere democratico e profondamente pubblico-giuridico in termini di diritti fondamentali) si sono dimostrati più resistenti del sistema costituzionale americano, come dimostra la giurisprudenza della Corte di giustizia in relazione al trasferimento di dati personali alle autorità americane che erano stati raccolti da società nel territorio dell'Unione (casi *Schrems I e II*)⁵⁴; tuttavia, va notato che la situazione non si presenta affatto lineare, in quanto comunque dimostra importanti carenze. Se, ad esempio, guardiamo allo stesso Regolamento generale sulla protezione dei dati, pur essendo oggi una pietra miliare del diritto europeo in questo senso, esso si basa ancora sulla possibilità stessa della raccolta privata di dati a fini di sfruttamento economico diretto o indiretto, fermo restando, però, che il sistema ha poi un elevato livello di protezione giuridica per le persone fisiche (oggi, ai sensi dell'art. 8 CDFUE). Il fine ultimo di questo regolamento, va ricordato, è quello di garantire un mercato europeo basato sulla libera circolazione dei dati personali (art. 1); da qui, appunto, il Regolamento ha sostituito la precedente Direttiva 95/46/CE, al fine di garantire, a sua volta, lo stesso standard di protezione a livello di Unione Europea e di mercato europeo a fronte di norme giuridiche nazionali potenzialmente più garantiste che potrebbero, invece, limitare questo mercato comune⁵⁵. Oppure, su questa linea, la bozza di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale del 2021 preparata dalla Commissione Europea⁵⁶, che, a

⁴⁹ Cfr. I. Ramonet, *El imperio de la vigilancia*, Madrid, 2016.

⁵⁰ Secondo la definizione che ne dà S. Zuboff, *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder* (trad.), Barcelona, 2020: "1. Nuevo orden económico que reclama para sí la experiencia humana como materia prima gratuita aprovechable para una serie de prácticas comerciales ocultas de extracción, predicción y ventas. 2. Lógica económica parasítica en la que la producción de bienes y servicios de subordina a una nueva arquitectura global de modificación conductual. 3. Mutación inescrupulosa del capitalismo caracterizada por grandes concentraciones de riqueza, conocimiento y poder que no tienen precedente en la historia humana. 4. El marco fundamental de una economía de la vigilancia. 5. Amenaza tan importante para la naturaleza humana en el siglo XXI como lo fue el capitalismo industrial para el mundo natural en los siglos XIX y XX. 6. Origen de un nuevo *poder instrumental* que impone su dominio sobre la sociedad y plantea alarmantes contradicciones para la democracia de mercado. 7. Movimiento que aspira a imponer un nuevo orden colectivo basado en la certeza absoluta. 8. Expropiación de derechos humanos cruciales que perfectamente puede considerarse como un golpe desde arriba: un derrocamiento de la soberanía del pueblo".

⁵¹ Si veda, ad es., W. Hoffmann-Riem, *Big data. Desafíos también para el Derecho* (trad.), Cizur Menor, 2018.

⁵² Cfr. L. M. González de la Garza, *La crisis de la democracia representativa. Nuevas relaciones políticas entre democracia, populismo virtual, poderes privados y tecnocracia en la era de la propaganda electoral cognitiva virtual, el microtargeting y el Big Data*, in *Revista de Derecho Político*, 103/2018, p. 257 ss.

⁵³ J. F. Sánchez Barrilao, *La difesa della democrazia pluralista dinanzi alla paura e alla disinformazione*, in *MediaLaws: Rivista di diritto dei media*, 2/2021, p. 44 ss.

⁵⁴ Rispettivamente, CGUE del 6 ottobre 2015 (C-362/14) e CGUE del 23 luglio 2020 (C-311/18); su queste, vid. S. Ruiz Tarrías, *La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto "Schrems II" o cómo los datos personales pueden terminar viajando sin equipaje*, in *Revista Española de Derecho Europeo*, 76/2020, p. 111 ss.

⁵⁵ "Per garantire un livello uniforme ed elevato di protezione delle persone fisiche ed eliminare gli ostacoli alla circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione, il livello di tutela dei diritti e delle libertà delle persone fisiche con riguardo al trattamento di tali dati dovrebbe essere equivalente in tutti gli Stati membri" (Considerando 10).

⁵⁶ Ancora, Propuesta de Reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley De Inteligencia Artificial), 21 aprile 2021; su questo, Cotino Hueso et al., *Un análisis crítico constructivo de la Propuesta de*

differenza delle proposte del Parlamento Europeo⁵⁷, comporta una riduzione delle garanzie con cui deve essere approvato il suo utilizzo e la sua commercializzazione. Sembra che la dipendenza digitale che si è manifestata in Europa durante la pandemia (in vista del salto digitale che si stava verificando) porterebbe a regolamentazioni più permissive (anche con garanzie) per ridurre i costi dell'innovazione, dello sviluppo informatico e della commercializzazione dell'Intelligenza Artificiale. E tra la protezione dei dati personali e l'Intelligenza Artificiale, data la necessaria disponibilità di dati di alta qualità con cui alimentarla (appunto), si collocherebbe una precedente proposta di Regolamento sulla governance dei dati a livello europeo⁵⁸, al fine di rafforzare un mercato agile e unico dei dati personali attraverso un regime di applicazione diretta di natura obbligatoria in tutta l'Unione, dato il rischio che regolamentazioni unilaterali da parte degli Stati membri possano frammentarlo (di nuovo).

Infine, nemmeno in Spagna siamo esenti da una certa *distopia*, dal momento che, oltre a quanto evidenziato per l'Unione Europea (al momento dell'adesione) e alle carenze riscontrate nella sorveglianza digitale in questo paese rispetto alla sicurezza nazionale (soprattutto per la mancanza di una regolamentazione esplicita, che provoca un'anomia che favorisce la formazione di zone d'ombra per i diritti e le libertà)⁵⁹, la citata Carta dei Diritti Digitali, pur con una certa foga ("en el sentido de revalidar y legitimar los principios, técnicas y políticas que, desde la cultura misma de los derechos fundamentales, deberían aplicarse en los entornos y espacios digitales presentes y futuros"), nega espressamente la sua normatività, per rimanere un mero piano di riconoscimento, riferimento e riflessione (Considerazioni preliminari). In altre parole, la Carta è adottata al di fuori del sistema delle fonti del diritto e quindi non ha alcuna forza giuridica; al massimo, può essere considerata come un'altra manifestazione della *soft law* che sta prosperando oggi. Ma il fatto è che i diritti e le libertà, per come li intendo io, non possono rimanere in questa sfera *liquida* del diritto, poiché hanno bisogno, come la storia ha dimostrato, di costruzioni normative al più alto livello giuridico (Costituzioni e Trattati) per limitare effettivamente e giuridicamente coloro che esercitano il potere (di qualsiasi tipo); e così il fatto che un tale documento politico venga presentato sotto il nome di "Carta", quando manca di normatività, lungi dal promuovere la garanzia dei diritti, finisce per indebolirli (pur riconoscendo, ovviamente, l'interesse del dibattito dottrinale e politico da esso aperto). È per questo che in queste pagine parliamo di *distopia costituzionale*, non perché il diritto costituzionale non sia consapevole dei gravi rischi del progresso digitale, ma perché non li affronta, o lo fa con mezzi e risorse talmente insufficienti e precari che finisce per dare loro copertura giuridica; senza dubbio, la cosa peggiore che si possa fare.

5. Considerazioni finali: la digitalizzazione costituzionale

Un costituzionalismo che si dichiara digitale deve affrontare efficacemente e giuridicamente le sfide, in termini di problemi e opportunità, poste dallo sviluppo delle tecnologie dell'informazione, e in particolare quelle che riguardano i diritti e le libertà (con la dignità della persona come valore centrale) e la stessa Democrazia (con il pluralismo politico come asse portante); e non limitarsi a riflettere, senza ulteriori indugi, su come la tecnologia digitale stia avendo un impatto sul Diritto Costituzionale, rimpiangendo tempi passati (e presumibilmente migliori). Per farlo, è necessario anche comprendere la reale portata delle trasformazioni che lo sviluppo delle tecnologie dell'informazione nella società digitale comporta e comporterà, come, ad esempio, la televisione, la sua evoluzione digitale e l'avvento

Reglamento de la Unión Europea por el que se establecen normas armonizadas sobre la Inteligencia Artificial (Artificial Intelligence Act), in *La Ley*, 02/07/2021.

⁵⁷ In particolare, l'iniziativa legislativa 2020/2012(INL) "Quadro per gli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate", adottata dal Parlamento europeo il 1° ottobre 2020.

⁵⁸ 25 novembre 2020 [COM(2020) 767 definitivo].

⁵⁹ Vid. J.F. Sánchez Barrilao, *Inteligencia y seguridad como objeto constitucional: el CNI y la comunidad de inteligencia ante los nuevos retos de la sociedad del riesgo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019, specialmente pp. 423-426.

di Internet (come avvertito all'inizio di queste pagine) e di nuove forme di espressione e informazione riguardanti⁶⁰; o la digitalizzazione dei servizi pubblici e privati, e come questa stia già interessando alcuni gruppi sociali digitalmente vulnerabili (*digital divide*)⁶¹; o le tecnologie dirompenti come la blockchain, in cui colonne classiche dello Stato come la moneta o l'amministrazione vengono virtualizzate⁶²; o, infine, i cambiamenti che le tecnologie dell'informazione stanno apportando alla sicurezza nazionale in termini di rischi, nonché in termini di modo in cui gli Stati sono sempre più dipendenti dalla tecnologia⁶³. Ma allo stesso tempo è necessario distinguere tra le questioni strettamente tecnologiche e le altre di diversa natura; è il caso dei social network e del loro sfruttamento economico⁶⁴, e in alternativa (allora) dei cosiddetti *social network liberi*⁶⁵. Solo in questo modo, a mio avviso, saremo nella posizione costituzionale di affrontare *in modo adeguato* i problemi e le opportunità portate dal progresso informatico⁶⁶, evitando di rimanere, allo stesso modo, in una mera aggregazione di elementi digitali in un diritto costituzionale geneticamente analogico; l'altra ragione è, naturalmente, che un tale cambiamento di paradigmi non possa essere immediato, data la situazione di transizione digitale che stiamo ancora vivendo, così come l'analogico, come genetico nel costituzionalismo attuale (come abbiamo appena sottolineato), non è destinato a scomparire, in modo che, alla fine, questo costituzionalismo digitale sarà opportunamente contaminato da quello, per così dire, fisico (in misura maggiore o minore).

In definitiva, si dovrebbe parlare anche di transizione costituzionale, come concetto intermedio tra l'attuale costituzionalismo analogico e un futuro (e autentico) costituzionalismo digitale (anche ibrido), in modo tale da declinare progressivamente nuove categorie giuridico-costituzionali attraverso l'avanzare del progresso digitale, mentre si eliminano quelle non più utili perché non più applicabili, né possono essere ricondizionati, ai nuovi stadi digitali che si raggiungono sia per semplice sviluppo informatico, sia per decisione democratica (non dimentichiamolo) e rispettando il principio di equità generazionale (secondo la lungimiranza che è stata invocata in queste pagine in materia digitale, e l'espansione di questo principio nel diritto comparato)⁶⁷.

Ciò non significa che il costituzionalismo sia totale e assoluto, ma piuttosto che l'organizzazione del potere che viene costituzionalmente sostenuta in ogni momento storico dovrebbe essere in accordo con la portata dei diritti e delle libertà stessi a livello costituzionale⁶⁸, nonché con la stessa realtà (in senso lato) su cui si proietta. In questo senso, il costituzionalismo digitale non può limitarsi al digitale (fermo restando, ovviamente, la possibilità di delimitarlo proprio alla società digitale che ne deriva e al

⁶⁰ Di interesse, A. Aguilar Calahorra, *El derecho fundamental a la comunicación 40 años después de su constitucionalización: expresión, televisión e internet*, in *Revista de Derecho Político*, 100/2017, p. 405 ss.

⁶¹ Ad es., C. Sabater Fernández e M. Á. Díaz Cama, *Los tiempos del Covid-19 acentúan la brecha digital como brecha social en La Rioja*, in Aa.Vv., *Edunovatic 2020*, Atti della conferenza: 5a conferenza internazionale virtuale su istruzione, innovazione e TIC, REDINE (Red de Investigación e Innovación Educativa), 2020, p. 1274 ss.

⁶² N. Porxas e M. Conejero, *Tecnología blockchain: funcionamiento, aplicaciones y retos jurídicos relacionados*, in *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 48/2018, p. 24 ss.

⁶³ Ancora J. F. Sánchez Barrilao, *Inteligencia y seguridad como objeto constitucional*, cit., pp. 72, 74, 75, 84, 140, 231 e 258.

⁶⁴ Di interesse, F. Balaguer Callejón, *La Constitución en el tiempo de las redes sociales*, in Aa.Vv., *La Constitución de los españoles: estudios en homenaje a Juan José Solozábal Echavarría*, Fundación Giménez Abad/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019, p. 165 ss.

⁶⁵ Cfr. M. Hernández Boza e A. Muñoz Muñoz, *Privacidad en redes sociales libres. Impacto negli ambienti aziendali*, in Aa.Vv., *Actas de las Cuartas Jornadas Nacionales de Investigación en Ciberseguridad*, INCIBE/Mondragon Unibertsitatea, Mondragón, 2018, p. 137 ss.

⁶⁶ Data questa comprensione e incorporazione della realtà nella comprensione giuridica dell'ordinamento normativo del potere; naturalmente, K. Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional* (trad.), Fundación Coloquio Jurídico Europeo/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 57 ss. e 77 ss.

⁶⁷ Su tale protezione, v. G. Palombino, *La construcción del principio de equidad generacional: ¿hacia una democracia sostenible?*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 33/2020.

⁶⁸ Così, mentre il costituzionalismo antico ruotava realmente intorno ai privilegi, il costituzionalismo liberale ha optato per la tutela dei diritti autentici e il costituzionalismo contemporaneo ha infine raggiunto la sfera sociale. Di interesse, M. Fioravanti, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones* (trad.), Madrid, 1996; Id., *Constitución: de la antigüedad a nuestros días* (trad.), Madrid, 2001; e *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales* (trad.), Madrid, 2014.

resto fisico e analogico che persiste in ogni momento), ma deve essere aperto, come minimo (si intende), al più generico progresso tecnologico, alla globalizzazione e alla tutela dell'ambiente. Per quanto riguarda la prima, sebbene l'informatica possa essere considerata oggi come la manifestazione tecnologica più importante (in quanto essenziale per il progresso della scienza, come le altre tecnologie), essa non esaurisce il fenomeno tecnologico (come la genetica), né monopolizza i problemi che riguardano anche la tecnologia in generale (come il suo governo e la sua responsabilità, senza dimenticare il suo impatto sulla dignità della persona); pertanto, il costituzionalismo digitale deve essere in grado di contemplare le questioni di rilevanza costituzionale sollevate dal progresso tecnologico in altre branche, e questo, a sua volta, rispettando una certa coerenza sistemica di postulati e principi.

D'altra parte, non si può dimenticare la stretta relazione tra il progresso della globalizzazione e lo sviluppo delle tecnologie dell'informazione: sia da un punto di vista strettamente tecnologico (in quanto sono queste ultime ad aver fornito i mezzi per la globalizzazione), sia da un punto di vista economico (in quanto sono state il principale motore di entrambe) e di governance (in quanto il progresso digitale ha assunto una dimensione globale). Pertanto, il costituzionalismo digitale deve assumere anche la globalizzazione come parte del suo oggetto, in considerazione della sua stretta interrelazione con il digitale. E in questa stessa linea va inserita anche la tutela dell'ambiente, non solo perché è considerata una potenziale causa di intensi conflitti in futuro,⁶⁹ ma anche per la duplice dimensione del digitale in questo senso, in quanto è sia causa che strumento nella lotta al cambiamento climatico (come Green Data)⁷⁰.

Infine, la nozione di costituzionalismo digitale ci viene presentata come un concetto dinamico, prospettico e complesso, in quanto deve tenere conto della natura agile del progresso informatico, del suo potenziale impatto futuro e del suo riferimento ad altre tecnologie, alla globalizzazione e all'ambiente; e tutto questo, non dimentichiamolo, in relazione all'organizzazione del potere, alla sua origine, al suo esercizio e ai suoi limiti, di qualsiasi tipo esso sia e alle sue trasformazioni da parte del primo. È proprio questo l'oggetto ultimo del diritto costituzionale, ed è su questo che deve concentrarsi il costituzionalismo della prossima era digitale. La sua unicità, ovviamente, è il digitale e le sue mutevoli implicazioni per esso e per le persone, e i nuovi e vecchi principi che devono offrire una coesione sistemica ad esso, dato che le precedenti categorie giuridiche vengono ribaltate⁷¹. Ad esempio, il principio di neutralità di Internet, come nuova garanzia per i provider che occupano una posizione strategica nella comunicazione e nello spazio pubblico, in quanto arbitri della partecipazione dell'uno o dell'altro, nonché dei rispettivi contenuti, alla rete⁷²; o l'emergere ormai classico della libertà informatica (e dei suoi successivi sviluppi) come contrapposizione alla mera tutela della privacy digitale, e come vero e proprio diritto a disporre dell'uso dei propri dati personali a fronte del loro trattamento informatico da parte di altri⁷³; o, infine, la stessa costruzione o decantazione di concetti giuridici legati al digitale, come l'Intelligenza Artificiale, come oggetto di un diritto che si sta ormai costruendo intorno alle sfide che essa pone⁷⁴.

⁶⁹ Cfr. G. Palombino e J.F. Sánchez Barrilao, *La protección del medio ambiente en Europa ante la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 24 de marzo de 2021*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 36/2021.

⁷⁰ Commission Staff Working Document (Comisión Europea), "Digital Solutions for Zero Pollution", Accompanying the document "Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Pathway to a Healthy Planet for All", EU Action Plan: "Towards Zero Pollution for Air, Water and Soil", COM(2021) 400 final - SWD(2021) 141 final (https://ec.europa.eu/environment/pdf/zero-pollution-action-plan/swd-digital-solutions_en.pdf).

⁷¹ In questa prospettiva, e con riferimento a un'ipotetica legge sui robot, vid. M. Barrio Andrés, *Del Derecho de Internet al Derecho los Robots*, in Aa.Vv., *Derecho de los Robots*, Madrid, 2018, p. 61 ss.

⁷² J. F. Sánchez Barrilao, *La neutralità di Internet come oggetto costituzionale*, in Aa.Vv., *Retos jurídicos por la sociedad digital*, cit. p. 233 ss.

⁷³ Ad es., A. Rallo Lombarte, *De la "libertad informática" a la constitucionalización de nuevos derechos digitales (1978-2018)*, in *Revista de Derecho Político*, 100/2017, p. 639 ss.

⁷⁴ Così, la definizione di IA fornita dalla Commissione Europea, come base per un'ulteriore regolamentazione in Europa: "Intelligenza artificiale" (IA) indica sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi. I sistemi basati sull'IA possono consistere solo in software che agiscono nel mondo virtuale (per esempio assistenti vocali, software per l'analisi delle immagini, motori di ricerca, sistemi di riconoscimento vocale e facciale); oppure incorporare l'IA in dispositivi hardware (per

Abstract

Il contributo si propone di riflettere sulla difficile relazione del costituzionalismo con l'attuale società digitale, dovuto al fatto che la realtà digitale trascende il diritto costituzionale analogico nella prospettiva di un autentico processo di digitalizzazione del diritto costituzionale, tramite il quale cercare nuove forme, in virtù delle quali conformare giuridicamente la limitazione e organizzazione del potere, compatibilmente con specifici istituti o principi giuridici e politici basati sul progresso e la società digitale.

Parole chiave: costituzionalismo; società digitale; costituzione analogica; digitalizzazione costituzionale

*

The paper aims to reflect on the difficult relationship of constitutionalism with the current digital society, due to the fact that the digital reality transcends the analogical constitutional law in the perspective of an authentic process of digitization of constitutional law, through which to look for new forms, in virtues of which to legally conform the limitation and organization of power, compatibly with specific legal and political institutes or principles based on progress and the digital society.

Key words: constitutionalism; digital society; analogical constitution; constitutional digitalization.

esempio in robot avanzati, auto a guida autonoma, droni o applicazioni dell'Internet delle cose)"; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Intelligenza artificiale per l'Europa del 26 giugno 2018, COM(2018) 237 final, pag. 1. Inoltre, il video. Commissione europea, Libro bianco sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia, 19 febbraio 2020, COM(2020) 65 definitivo, pag. 20.