

NÚMERO 49

2024

ISSN: 1575-720-X

RJUAM

REVISTA JURÍDICA

UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA
DE MADRID



FACULTAD DE DERECHO

Revista Jurídica

Universidad Autónoma de Madrid

N.º 49

2024-I

Dirección: D. Víctor Sánchez del Olmo (Derecho del trabajo y de la Seguridad Social - UAM)

Subdirección: Dña. Matilde Rey Aramendía (Filosofía del Derecho - UAM)

Secretaría académica: D. Carlos Castells Somoza (Derecho civil - UAM)

Secretaría económica: Dña. María Teresa Martínez-Escribano Serrano (Derecho financiero y tributario - UAM)

Responsable de difusión y medios digitales: Dña. Margarita Sánchez González (Derecho Civil - UAM)

Consejo de redacción:

D. Javier Antón Merino (Ciencia política y Relaciones Internacionales - Universidad de Burgos)
D. Víctor Bethencourt Rodríguez (Derecho administrativo - Universitat de València)
Dña. Andrea Bravo Bolado (Derecho penal - UAM)
D. Carlos Cabrera Carretero (Derecho financiero y tributario - UAM)
D. Carlos Castells Somoza (Derecho civil - UAM)
Dña. María Camila Correa Flórez (Derecho penal - Universidad del Rosario)
D. Jaime Coulbois Bernardo (Ciencia política y Relaciones Internacionales - UAM)
Dña. Mar Cuartero Cobo (Filosofía del Derecho - UAM)
D. Francisco Javier Díaz Majano (Historia del Derecho - UCLM)
Dña. Boliá Doubai Sánchez (Historia del Derecho - UAM)
D. Carlos Fernández-Espinar Muñoz (Derecho administrativo - UCM)
D. Javier Fernández-Lasquetty Martín (Derecho civil - UAM)
Dña. Ángela Pilar Fernández Rodríguez (Derecho procesal - UAM)
D. Gabriel Ángel García Benito (Historia del Derecho - UAM)
D. Juan Andrés Gascón Maldonado (Ciencia política y Relaciones Internacionales - UAM)
Dña. Guiomar Jiménez de Cisneros Paz (Derecho mercantil - UAM)
Dña. Diana Rosa Latova Santamaría (Filosofía del Derecho - UAM)
Dña. Mariona Llobet Angli (Derecho penal - Universitat Pompeu Fabra)
Dña. María Teresa Martínez-Escribano Serrano (Derecho financiero y tributario - UAM)
Dña. Elena Martínez-Moya Ruiz (Derecho mercantil - UAM)
Dña. Claudia de Partearroyo Francés (Derecho constitucional - UAM)
Dña. Alexia Pato (Derecho internacional público - Universität Bonn)
D. Christian Pérez Merino (Derecho financiero y tributario - UAH)
Dña. Claudia Pérez Zapico (Derecho internacional público - UAM)
Dña. Matilde Rey Aramendía (Filosofía del Derecho - UAM)
Dña. Ailén Agustina Rubio Arrieta (Derecho penal - UAM)
D. Javier Roncero Núñez (Derecho romano - UAM)
D. Antonio Ismael Ruiz Arranz (Derecho civil - Universität Münster)
D. Víctor Sánchez del Olmo (Derecho del trabajo y de la Seguridad Social - UAM)
Dña. Margarita Sánchez González (Derecho civil - UAM)
Dña. Alejandra Soto García (Ciencia Política y Relaciones Internacionales - Universidad de París I Panteón-Sorbona)
Dña. Amine Vega Pirasteh (Derecho civil - ULL)
Dña. Lorena Von Aguilar (Derecho administrativo - UAM)

Consejo asesor:

D. Juan Arrieta Martínez de Pisón (Decano de la Facultad de Derecho - UAM)
D. Ignacio Molina Álvarez de Cienfuegos (Director del Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales - UAM)
Dña. Pilar Pérez Álvarez (Directora del Departamento de Derecho Privado, Social y Económico - UAM)
D. Félix Alberto Vega Borrego (Director del Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica - UAM)
D. Carlos Espósito Massici (Catedrático de Derecho internacional público - UAM)
D. Antonio Fernández de Buján y Fernández (Catedrático de Derecho romano - UAM; Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España)
D. Martín Hevia (Profesor de la Universidad Torcuato Di Tella, Argentina; y Presidente de la Asociación Iberoamericana de Facultades y Escuelas de Derecho Sui Iuris)

Dykinson

ISSN: 1575-720-X

La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid fue creada en 1999 con el fin de fomentar la discusión científica en la comunidad académica de los ámbitos del Derecho y la Ciencia Política y de la Administración. En ella se publican, con una periodicidad semestral, artículos, comentarios de jurisprudencia y recensiones relativos a estas áreas de investigación. La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid se encuentra indexada en las bases de datos científicas más relevantes. Actualmente, es una de las publicaciones jurídicas y politológicas con vocación generalista de mayor impacto en España.

Asimismo, entre las diversas actividades que lleva a cabo para la difusión y promoción de la investigación, la Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid organiza anualmente unas Jornadas sobre temas de actualidad, así como un Premio para Jóvenes Investigadores, con el fin de fomentar el acercamiento de los estudiantes a la investigación científica y a la presentación de ponencias en congresos científicos.

Con el fin de ayudar a un mayor intercambio global de conocimiento, la RJUAM ofrece un acceso libre y abierto a su contenido transcurrido un año a partir de la publicación del número en formato impreso. Puede encontrarse más información sobre la RJUAM en el Portal de Revistas Electrónicas de la Universidad Autónoma de Madrid (www.revistas.uam.es).

Colaboran:


Universidad Autónoma
de Madrid
Fundación General
de la Universidad
Autónoma de Madrid


Dykinson, S. L.

Portada: Marta Conde Diéguez
Logotipo: Marta Conde Diéguez

© RJUAM, Madrid

Facultad de Derecho. Ciudad Universitaria de Cantoblanco. 28049 Madrid.

e-mail: revista.juridica@uam.es

<http://www.uam.es/rjuam>

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid.

Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es> <http://www.dykinson.com>

ISSN: 1575-720-X

Depósito Legal: M-39772-1999

Maquetación: german.balaguer@gmail.com

La *RJUAM* no se hace responsable de las opiniones vertidas por los autores de los trabajos publicados.

Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid

Índice n.º 49 (2024-I)

doi.org/10.15366/rjuam2024.49

LECCIÓN

María del Pilar PÉREZ ÁLVAREZ, «Capacidad, incapacidad relativa e indignidad para suceder»9

ARTÍCULOS

Aritz OBREGÓN FERNÁNDEZ, «Las resoluciones 1368 y 1373 (2001) del Consejo de Seguridad dos décadas después: entre el derecho a la legítima defensa contra el terrorismo internacional y la excepcionalidad»33

Chiara GOZZUTI, «Cuestiones críticas y perspectivas futuras del *third-party litigation funding*»63

Francisco CASTILLO IBORRA, «El préstamo participativo: consecuencias prácticas de su contabilidad»97

Axel ESTÉVEZ HENRÍQUEZ, «Sobre la necesidad y posibilidad de la violencia en la conceptualización de la desobediencia civil» 111

Paula ROBERT, «¿Puede construirse un sistema de responsabilidad precontractual? Análisis de los deberes precontractuales y las consecuencias jurídicas derivadas de su infracción»133

Trajan SHIPLEY GOZALO, «La aplicación judicial de los valores del artículo 2 TUE: ¿hacia una aplicación autónoma?» 169

Ana GIRÓN ESQUERDO, «La respuesta de la Unión Europea a la desinformación: rastreo del origen de su carácter securitario».193

RECENSIÓN

Mar ANTONINO DE LA CÁMARA, Balaguer Callejón, F., *La constitución del algoritmo*. Zaragoza (Fundación Manuel Giménez Abad), 2022, 208 pp.221

ESTADÍSTICAS227

NORMAS DE PRESENTACIÓN DE ORIGINALES229

**BALAGUER CALLEJÓN, F., *LA CONSTITUCIÓN DEL ALGORITMO*.
ZARAGOZA (FUNDACIÓN MANUEL GIMÉNEZ ABAD), 2022, 208 PP.**

MAR ANTONINO DE LA CÁMARA *

Que la norma constitucional no puede ser ajena al mundo fáctico ya lo sostuvo Herman Heller. Heller tuvo el acierto de responder al positivismo kelseniano y al decisionismo schmittiano recurriendo a la dialéctica, que le permitió dar cuenta de la tensión irresuelta entre los dos términos imprescindibles del constitucionalismo: realidad y norma. Aunque la Constitución pertenece al mundo del deber ser, no puede ser ajena a la esfera de la realidad; pues, ¿sobre qué habría de influir la norma si no es sobre el mundo de la vida? La Constitución no describe el funcionamiento del mundo ni lo pretende, pero aquello que prescribe debe estar conectado con la realidad, si no quiere convertirse en una Constitución de papel como la denunciada por Lasalle.

En gran parte, el éxito del constitucionalismo de posguerra se ha debido al equilibrio entre lo que consagran las constituciones y el *Zeitgeist* de las sociedades europeas, en las que el *ethos* liberal y democrático terminó por afianzarse. Pero en la actualidad este equilibrio peligra debido al riesgo de disociación entre Constitución y realidad, riesgo que es, precisamente, el punto de partida de *La Constitución del algoritmo*.

Así, la Constitución española de 1978 está hecha a la medida de un mundo analógico y que creía en la soberanía nacional. Y, sin embargo, nuestra realidad actual ya no se restringe únicamente a la esfera analógica ni al ámbito estatal. Por el contrario, el nuestro es un mundo híbrido y globalizado donde la realidad virtual cobra cada vez más fuerza. La cuestión central a la que nos enfrenta este escenario es, entonces, si el ideario constitucional podrá continuar operando como elemento civilizatorio. Pues bien, Francisco Balaguer Callejón, autor de esta obra, no renuncia al potencial civilizatorio de la Constitución.

No es la primera vez que Francisco Balaguer aborda esta temática; sin embargo, la mayor amplitud de su actual aportación le permite ocuparse no solo de las piezas, sino también del engranaje, lo que constituye una novedad respecto de las contribuciones sobre la inteligencia artificial y el Derecho, generalmente centradas en el análisis concreto de algún derecho o de algún ámbito del derecho constitucional, como los derechos de la personalidad,

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho Constitucional en la Universidad de Deusto. Correo electrónico: mar.antonino@deusto.es

el derecho electoral, etc. En cambio, el libro que comentamos (un sólido ensayo jurídico), no tiene por objeto primero el examen de una rama acotada de la ciencia constitucional, sino la reflexión sobre el cambio de paradigma que la afecta de manera total.

Esta reflexión de más de 200 páginas no ofrece una aproximación aséptica a la cuestión mencionada de la ruptura entre la Constitución y la realidad digital, sino que indaga en sus causas con el fin de reparar la grieta que las separa. Al autor no le interesa exclusivamente la Constitución entendida como pura articulación jurídica del Estado, sino que extiende el alcance del constitucionalismo al conjunto de valores que regulan la vida política. Así, la obra en su conjunto orbita en torno a los dos pilares del constitucionalismo, que constituyen sus fuentes principales de legitimidad: la protección de los derechos fundamentales y la democracia, entendida en términos de pluralismo político (p. 92).

El libro consta de siete capítulos, introducción y conclusiones, de los que el primero funciona al modo de una introducción ampliada, en la que se presenta la noción de Constitución del algoritmo. Esta no tiene ya por objeto la limitación de los poderes públicos, sino que los factores de poder sobre los que opera se rigen por el Derecho privado; y, por tanto, no se someten a una ordenación estatal específica más que en ámbitos muy determinados. La nuestra no es todavía una «Constitución del algoritmo», aunque ese es el horizonte que debe fijarse el constitucionalista: «constitucionalizar los algoritmos» y «digitalizar la Constitución» (p. 30).

El segundo capítulo es el más extenso. En él comienzan a desplegarse las tesis principales de la obra y consiste básicamente en un diagnóstico certero de las cinco rupturas que se han producido en el constitucionalismo y que dificultan el control de los factores de poder: i) la ruptura de la unidad de la Constitución como referente cultural, de manera que los principios que inspiran la actuación del mundo digital son propios del Derecho privado y del mundo global, sin correspondencia con las reglas y principios del constitucionalismo (p. 54), ii) no solo se ha roto la relación entre la Constitución y la realidad, sino que la realidad híbrida ha experimentado, ella misma, una ruptura, por cuanto la realidad analógica es una realidad estatal y un ámbito sometido a Derecho público, mientras que la realidad virtual es global y sometida a Derecho privado, iii) la tercera ruptura recae sobre la percepción social de lo real, vinculada a los medios de comunicación, pues el cambio digital ha propiciado la proliferación de fuentes de información, muchas de ellas sin garantías, lo que ha multiplicado las fuentes de la información, con la consiguiente fragmentación del espacio de opinión pública, iv) en cuarto lugar, la ruptura del contexto cultural de la Constitución, lo que ha provocado que los valores constitucionales de defensa de los derechos y de la democracia se vean sustituidos por otras fuentes de legitimación, como la tecnológica o la económica y v) por último, la ruptura de la constitución económica nacional, en la medida en que, a partir de la globalización, el par Constitución-Economía ha dejado ser parte de un mismo orden conceptual. En palabras de Balaguer: «la economía pierde una parte de su “normatividad” o “constitucionalización”, debilitándose su sometimiento a la Constitución económica» (p. 108).

Los capítulos 3 y 4 estudian con detenimiento la afectación de la sociedad digital sobre los dos pilares del constitucionalismo, los derechos y la democracia, respectivamente. A propósito de los derechos fundamentales, Balaguer avisa de que están perdiendo progresivamente su dimensión institucional u objetiva (p. 114) a costa de la hipertrofia de sus aspectos subjetivos. A esto se añade el peligro de depender cada vez más a la fase de consumo de los productos y a la utilización de los servicios y aplicaciones digitales, de tal manera que el titular de los derechos ya no es el ciudadano o el trabajador, sino el consumidor, «pues son estos quienes garantizan la continuidad de los nuevos procesos económicos» (p. 115) y garantizan la seguridad del tráfico. En la obra se presta especial atención a los derechos de libertad de información y a la protección de datos de carácter personal: el primero ha perdido toda sustancia en la sociedad digital, mientras que el segundo es la respuesta última de las personas ante la reificación que han experimentado, –antes sujetos de derechos y ahora meros productos que suministran una información rentabilizable (pp. 116-121).

El pluralismo democrático es el objeto del cuarto capítulo. El autor lo considera acertadamente como la base de todo constitucionalismo. En este sentido, insiste en la importancia de la democracia representativa y nos previene frente a las promesas de una democracia directa, más participativa. Por una parte, argumenta Francisco Balaguer, la mejor formulación de la democracia directa es a partir de la incorporación de técnicas y herramientas de participación que permitan complementar el paradigma de la democracia representativa, pero no sustituirla (p. 128), pues «la democracia representativa permite *reconstruir* entre todos una verdad común a través de procesos democráticos [mientras que] la democracia directa parte de la base de que esta verdad *ya está definida* en la voluntad del pueblo» (p. 132). Por otro lado, la web 2.0 ha supuesto realmente un escenario de mejoramiento democrático, pero en los últimos años se han producido procesos jerárquicos de ordenación de la información a cargo de los denominados «mediadores», es decir, aquellas empresas, aparentemente neutrales, en las que los usuarios no solo difunden información, sino que sostienen debates de interés público. El interés de estos mediadores, que funcionan como plataformas, no es tanto el crecimiento de la calidad democrática *per se*, cuanto el aumento de sus beneficios (a través de la publicidad en la web y de los datos de los usuarios), para lo cual atraen y mantienen la atención del público, llegando a generar tensión y violencia. Como consecuencia de lo anterior, el uso de las redes sociales y de internet –que constituyeron un prometedor horizonte– ha terminado por generar una involución democrática (pp. 137-145).

En el quinto capítulo se amplía el foco de los aspectos digitales de la nueva realidad, considerando con detalle su carácter global. El autor defiende que, si bien la tecnología ha coadyuvado al desarrollo del colonialismo, la tecnología virtual posibilita nuevas formas de imperialismo, a las que la Unión Europea y otros países emergentes (por ejemplo, Brasil) no tienen acceso. En la competición por la hegemonía mundial los dos rivales favoritos son China y Estados Unidos o, en sentido propio, las grandes empresas norteamericanas y China, que funciona como «un *agente global* con estrategias más propias de una gran compañía

comercial que de un Estado» (p. 156). En el plano tecnológico este poder creciente no solo se refleja en las desigualdades económicas entre Estados, sino también y, sobre todo, en el poder de *influencia* que ejerce sobre la población, a través de los datos personales.

Los dos últimos capítulos del libro se complementan con eficacia. Mientras que en el capítulo sexto se analiza el declive del constitucionalismo, tal y como lo conocemos, y funciona como un cierre de todo lo dicho anteriormente, el capítulo séptimo desarrolla la propuesta del autor, que confiere a la *Constitución del algoritmo* un carácter prospectivo. Francisco Balaguer pone en duda la continuidad del constitucionalismo en su última y más exitosa etapa: la de las constituciones normativas y democráticas (p. 171).

En efecto, la Constitución ha sido desplazada y marginada del espacio público, pues la vocación de unidad y consenso que persigue no se corresponde con la fragmentación del poder, antes unitario, del Estado, ni se corresponde con la polarización de la opinión pública, exacerbada por el mundo virtual a mayor gloria y rentabilidad de los partidos políticos (pp. 189). De ahí la necesidad de construir la Constitución del algoritmo con recorrido de ida y vuelta. Se trata, por un lado, de constitucionalizar el algoritmo, operando sobre la realidad virtual y la cultura de la sociedad. Y, por tanto, frente a los principios propugnados por el cientificismo y la tecnología han de desplegarse las fuentes clásicas de legitimación del derecho constitucional: el control de los poderes, la defensa de los derechos y del pluralismo y la resolución de los conflictos a través del Derecho (p. 191). Pero, por otro lado, también debemos digitalizar la Constitución o el Derecho constitucional, en el sentido de atender a las reformas profundas que vienen dadas por la radical transformación de la realidad (p. 197).

Las virtudes de *La Constitución del algoritmo* no se agotan en el análisis empírico (por muy fundamentadas que estén sus valoraciones) o en la aplicación de la lógica deductiva. Francisco Balaguer ha sabido activar otras cualidades importantes no solo para el Derecho constitucional, sino para el constitucionalismo. La primera de ellas es su extraordinaria intuición en el diagnóstico de la situación. La intuición es un recurso necesario para el tratamiento del tema, pues como el propio autor señala, el acelerado ritmo de las transformaciones «dificulta con mucho el análisis científico, por cuanto no es posible conocer previamente los efectos que esas transformaciones van a tener [...]. La reflexión teórica tiene que extraer de esas líneas incipientes las tendencias que posiblemente incidirán en el espacio público, en la configuración democrática de los países y en sus procesos constitucionales» (p. 173).

La otra cualidad se hace visible en su propuesta de recuperar la armonía del binomio Constitución-realidad. Y ello no tanto en lo relativo a constitucionalizar el algoritmo, sino más bien, para acometer la digitalización de la Constitución. La digitalización de la Constitución implica la «invención» de nuevas formas de ordenar las categorías constitucionales en las que la realidad digital se incardina. Y, por tanto, reclama la incorporación de un nuevo componente en la actividad intelectual: la imaginación, no como una quimera, sino como la capacidad de atender al quehacer científico mirando hacia adelante. En este sentido, nuestra

disciplina se beneficiaría sobremanera si sus pasos apuntaran en la dirección que marca *La Constitución del algoritmo*.

LECCIÓN

María del Pilar PÉREZ ÁLVAREZ, «Capacidad, incapacidad relativa e indignidad para suceder»

ARTÍCULOS

Aritz OBREGÓN FERNÁNDEZ, «Las resoluciones 1368 y 1373 (2001) del Consejo de Seguridad dos décadas después: entre el derecho a la legítima defensa contra el terrorismo internacional y la excepcionalidad»

Chiara GOZZUTI, «Cuestiones críticas y perspectivas futuras del *third-party litigation funding*»

Francisco CASTILLO IBORRA, «El préstamo participativo: consecuencias prácticas de su contabilidad»

Axel ESTÉVEZ HENRÍQUEZ, «Sobre la necesidad y posibilidad de la violencia en la conceptualización de la desobediencia civil»

Paula ROBERT, «¿Puede construirse un sistema de responsabilidad precontractual? Análisis de los deberes precontractuales y las consecuencias jurídicas derivadas de su infracción»

Trajan SHIPLEY GOZALO, «La aplicación judicial de los valores del artículo 2 TUE: ¿hacia una aplicación autónoma?»

Ana GIRÓN ESQUERDO, «La respuesta de la Unión Europea a la desinformación: rastreo del origen de su carácter securitario»

RECENSIÓN

Mar ANTONINO DE LA CÁMARA: Balaguer Callejón, F., «La constitución del algoritmo»

