

# 5. LA DIGITALIZACIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA: DILEMAS SOBRE LA UTILIDAD DEL MERCADO COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

ROBERTO C. ROSINO CALLE

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional  
Universidad Complutense de Madrid*

---

**Sumario:** I. Introducción. II. Mercado y derechos fundamentales: un origen común desde la dignidad: 1. El estatus jurídico derivado de la dignidad humana; 2. El mercado como estructura básica y su conexión instrumental con los derechos. III. La protección de la dignidad a través de un mercado supranacional. El sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales: 1. Las bases jurídicas del sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales; 2. El juicio de unidad del mercado interior como test para la protección de los derechos fundamentales. IV. La dignidad humana digitalizada. Impacto en los derechos fundamentales y el mercado: 1. Las transformaciones ligadas a la generalización de Internet como un entorno comunicativo; 2. El mercado digital. De herramienta de contratación a elemento de protección de los derechos. V. Algunos comentarios a propósito del Reglamento de Servicios Digitales: 1. El papel del DSA en el tránsito hacia el Mercado Único Digital; 2. Algunos retos de la protección indirecta de la dignidad a través del mercado interior. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía

---

## I. INTRODUCCIÓN

Lejos de agotarse en la clásica tensión entre derechos y economía, la relación entre estos y el mercado exige hoy una mirada integradora, que reconozca su raíz común y la complejidad de sus mutuas implicaciones. La digitalización no solo ha transformado las formas de interacción social y económica, sino que ha desdibujado las fronteras entre lo público y lo privado, lo individual y lo colectivo, exigiendo

una revisión de las categorías jurídicas tradicionales. En este contexto, considerar la dignidad como fundamento último tanto de los derechos fundamentales como del propio mercado permite repensar los límites y posibilidades de ambos en una época de circulación masiva de datos y expansión de la lógica económica.

Este trabajo parte de la hipótesis de que la ordenación del mercado puede operar –aunque sea de forma impropia e indirecta– como instrumento de protección de la dignidad humana. Y concluye que, en el contexto del Mercado Único Digital impulsado por la Unión Europea las garantías de la integridad del espacio económico y la protección de determinados derechos –especialmente la protección de datos personales y las libertades comunicativas– se exigen recíprocamente, de modo que ninguno de estos sistemas de garantía puede considerarse completo sin el auxilio del otro.

El análisis se articula en torno a cuatro ejes. En primer lugar, se examina el origen común de derechos y mercado en la dignidad a fin de explorar la utilidad potencial de esta institución con fines de protección y desarrollo de aquéllos. En segundo lugar, se aborda el carácter ambivalente de la relación entre derechos y mercado en el sistema comunitario, caracterizado por una integración supranacional que, durante décadas, ha tendido a considerar los derechos fundamentales como obstáculos –reales o potenciales– a la libre circulación. Una tendencia que solo comenzó a ser matizada con la aparición de un verdadero mercado digital y la consiguiente relevancia de la protección de datos personales como contenido derivado de la intimidad y requisito estructural para el funcionamiento de este espacio económico.

A raíz del cambio, se analizan –en tercer lugar– los efectos que Internet ha tenido en esta nueva aproximación jurídica, destacando cómo la actual regulación de las libertades comunicativas –contenida en el Reglamento de Servicios Digitales– insiste en la necesidad de propiciar una interacción digital suficientemente atractiva para propiciar una interacción en línea, de la que se nutre el actual Mercado Único Digital basado en el tráfico de datos. Por último, el trabajo se cierra con una valoración de los desafíos jurídicos y políticos que plantea la transformación de la protección –impropia e indirecta– de la dignidad humana a través del mercado en una exigencia estructural del Estado de Derecho de nuestros días.

## II. MERCADO Y DERECHOS FUNDAMENTALES: UN ORIGEN COMÚN DESDE LA DIGNIDAD

Los derechos fundamentales y el mercado suelen concebirse como esferas separadas, e incluso, antagónicas. Sin embargo, ambos comparten una función instrumental consistente en la ordenación de las relaciones entre los individuos y el Estado. Esta coincidencia no es fortuita, ya que tanto los derechos como el merca-

do derivan, en última instancia, de la dignidad humana. Este epígrafe analiza ese origen común como requisito teórico necesario para valorar si la ordenación del mercado puede ser utilizada como un mecanismo impropio de protección de la dignidad humana.

### 1. El estatus jurídico derivado de la dignidad humana

Los fundamentales ocupan un lugar destacado entre los derechos. Lo hacen porque conectan al ser humano con el Estado a través de la dignidad humana. Esta noción, solemnemente proclamada en los Preámbulos de los primeros textos constitucionales, ha ido enriqueciéndose con diversos matices hasta constituirse en pieza esencial de los ordenamientos jurídicos actuales. El Derecho –al menos el europeo– se fundamenta en el reconocimiento del ser humano como alguien digno. En un primer momento la dignidad expresa nuestra diferencia con los animales y las cosas. Es la modernidad la que perfecciona la idea dotándola de una vertiente individual y trasladando su vigencia a la ordenación de poder. El siglo XX culmina la obra e internacionaliza la dignidad, derivando de ella un conjunto de valores universales. A partir de este momento, la dignidad no solo convierte en Derecho lo que es naturaleza (Montoro, 1999: 305), sino que define un estatus de derechos y obligaciones, individuales y colectivas, al que no podemos renunciar (Finkelkraut, 1996: 114). Mientras los derechos se refieren a la autonomía individual, sus límites protegen la autonomía de las comunidades donde el sujeto se integra (Weiler, 1999: 102) para hacer posible su individualidad.

Por tanto, hoy la dignidad humana es un término jurídico bifronte: protege al grupo frente al individuo tanto como al individuo frente al grupo (Bioy, 2015: 249). De una parte, define un colectivo jurídicamente protegido que reúne a todos los individuos de manera anonimizada. Esta vertiente obligacional de la dignidad es propia, pero no exclusiva, del Derecho Penal Internacional. Hablamos de delitos contra la humanidad tanto como, desde fechas recientes, protegemos el genoma humano de los riesgos de la biotecnología, proclamándolo patrimonio de la humanidad y base de su dignidad, según la Declaración Universal de la Unesco (artículo 1).

De otra parte, la misma dignidad nos reconoce a cada uno una cualidad particular –la dignidad de la persona– que nos individualiza frente a los demás miembros de este grupo. Los derechos fundamentales –en su perspectiva nacional o internacional– se desenvuelven en esta segunda dimensión, ordenando nuestras relaciones con los demás y con el Estado. Nuestro artículo 10.1 CE es un reflejo de esta lógica: “La dignidad humana, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. En este texto se evidencia

que la función del Estado respecto de los derechos fundamentales consiste en consagrarlos, garantizarlos y hacer compatible su ejercicio con las demás exigencias de la vida en sociedad.

Es inevitable plantearse si la dignidad se relaciona de la misma manera con todos los derechos fundamentales o cabe, por el contrario, una jerarquización que oriente el cumplimiento del deber del Estado para con nuestra condición humana. Convenimos que hay una diferencia entre los denominados derechos de libertad y derechos sociales, pero la conexión con la dignidad sigue siendo incierta y quizás escasamente jurídica. Por eso resulta de interés tomar en consideración que, al margen de su conexión con la dignidad, los derechos también admiten una diferenciación basada en su utilidad como instrumento para alcanzar una mayor autonomía personal (Wenar, 2005: 182). Tal es el caso, por ejemplo, de la libertad de expresión, cuyo ejercicio supone una manifestación de la personalidad, pero, al mismo tiempo, sirve como instrumento para la formación de una opinión pública libre.

Esta diferenciación —que no jerarquía— entre derechos basada en su interés instrumental permite extraer dos implicaciones prácticas. La primera es que los derechos fundamentales que, como la libertad de expresión, tienen una destacada vertiente instrumental, desempeñan un papel destacado en la interpretación evolutiva de la dignidad, sirviendo como correa de transmisión entre la actuación del poder público y el contenido del derecho con el que se relacionan. La segunda es que la función estatal de protección tiene un alcance relativo, de manera que, en un contexto de recursos limitados, la aspiración estatal no debe ser tanto facilitar por sí misma los máximos niveles de libre desarrollo de la personalidad, como garantizar una estructura básica de la sociedad que conduzca a ese fin (Rawls, 1979: 157). La defensa de algunos derechos fundamentales puede quedar confiada al correcto funcionamiento de un conjunto de instituciones cuyo diseño y garantía por parte del Estado facilite el acceso a quienes se encuentran en una posición menos favorable (Rawls, 1979: 198). Frecuentemente considerado el mecanismo más eficiente y adecuado para asignar valores, el mercado ocupa un lugar destacado una de tales instituciones.

## **2. El mercado como estructura básica y su conexión instrumental con los derechos**

En el discurso contemporáneo sobre los derechos, el mercado<sup>1</sup> suele desempeñar el papel de antagonista. Predomina una narrativa pesimista que dibuja al

---

1 La ordenación del mercado conoce dos dimensiones. La denominada “unidad de mercado” define la estructura básica del espacio económico, impidiendo que las decisiones de los poderes públicos territoriales puedan dificultar injustificadamente la libre circulación de los elementos que se consideran

individuo como una figura aislada en un entorno dominado por entidades impersonales desprovistas de humanidad. Pero la realidad es más matizada. Sin mercado –entendido como un espacio donde se garantiza la libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales (Rosino, 2021: 13)– no hay materialización posible de la dignidad.

El mercado protege la dignidad al menos en tres niveles. Primero, desde una perspectiva material, su adecuado funcionamiento permite satisfacer necesidades humanas básicas, sin las cuales cualquier debate sobre la dignidad resultaría meramente hipotético (Petersmann, 2003a: 65). Segundo, su estructura supone un límite frente a un control estatal excesivo, asegurando un ámbito mínimo de libertad individual (Besselink, 2012: 19). Finalmente, la ordenación del mercado ayuda a armonizar intereses públicos y privados, generando sinergias que equilibran las dimensiones individual y colectiva de la dignidad (Petersmann, 2003b: 421).

Dignidad humana, derechos fundamentales y mercado se organizan, por tanto, como un sistema en cascada donde cada elemento influye en los demás desde su propio nivel de abstracción. La dignidad humana constituye el fundamento de los sistemas jurídicos contemporáneos, definiendo un estatus básico que ordena nuestras relaciones en términos de potestades y deberes. Los derechos fundamentales precisan ese estatus –fijando su contenido y alcance– al tiempo que exponen de forma muy amplia aspectos controvertidos a propósito de la estructura de la sociedad y el papel regulatorio del Estado (Alexy, 2002: 34). Por su parte, el mercado no solo es consecuencia de algunos derechos fundamentales básicos –principalmente la libertad personal y la propiedad (Petersmann, 2003b: 420), sino que introduce la cuestión de la escasez de recursos y refleja una determinada orientación ideológica, política y cultural para su solución. Esto explica por qué a menudo se subraya su dimensión limitativa frente a los derechos fundamentales.

No obstante, esta relación también puede interpretarse de forma constructiva. En su condición de sistema de información descentralizada (Hayek, 1945: 526), el mercado facilita la aparición de nuevas perspectivas que nos invitan a repensar los derechos (Waldron, 1993: 29). Lejos de neutralizar el estatus derivado de la dignidad humana, la intervención en el espacio económico –como operador, usuario o consumidor– puede revelar distintos niveles de expresión de dicha dignidad,

---

básicos para el desarrollo de la actividad económica: mercancías, servicios, personas y capitales. Sobre esta base, el Derecho de la competencia establece una regulación sustantiva destinada a los concretos operadores económicos, a los que prohíbe desarrollar prácticas fraudulentas que perjudiquen deliberadamente a otros competidores.

Este trabajo emplea el término “mercado” como sinónimo de la dimensión estructural o “unidad de mercado”, de manera que las referencias a la ordenación del mismo deben considerarse dirigidas a las intervenciones públicas susceptibles de afectar a la libre circulación.

otorgando al mercado un papel activo en su promoción. Todo dependerá de sus características y de su ordenación jurídica.

La dignidad humana permite comprender tanto el origen como la función de los derechos fundamentales y del mercado. Ambos sistemas se proyectan sobre el individuo, refuerzan su autonomía y delimitan las condiciones para la vida en común. Aunque el mercado no ha sido diseñado para proteger derechos, sus características y su funcionamiento inciden directamente en su eficacia. Desde esta perspectiva, puede sostenerse, al menos en términos teóricos, que la ordenación del mercado es un instrumento potencialmente útil para una relativa protección y promoción de la dignidad.

Esta tensión entre utilidad e insuficiencia se manifiesta con especial claridad en el contexto europeo, donde el mercado interior desempeña un papel estructural en el proceso de integración. Por ello, en el próximo epígrafe se analizará cómo la Unión Europea ha tratado de articular esta relación entre libertades económicas y derechos fundamentales, poniendo de relieve los límites y riesgos que implica el recurso a un mercado supranacional ordenado conforme al principio de primacía.

### III. LA PROTECCIÓN DE LA DIGNIDAD A TRAVÉS DE UN MERCADO SUPRANACIONAL. EL SISTEMA COMUNITARIO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Situar la dignidad humana como origen teórico compartido de los derechos fundamentales y del mercado sitúa estos elementos en una relación ambivalente. La ordenación jurídica y las características de cada uno de ellos puede reforzar o debilitar el otro. Por su estructura y lógica integradora, la Unión Europea parece un laboratorio propicio para analizar hasta qué punto los mecanismos de mercado pueden actuar, en la práctica, como instrumentos impropios de protección de los derechos.

Este epígrafe analiza cómo se ha articulado históricamente la relación entre los derechos fundamentales y las libertades económicas en el marco del mercado interior, dando lugar a un sistema comunitario de protección que se caracteriza por su autonomía y por una tendencia a priorizar la lógica de la libre circulación. Para ello, se examina el origen y la configuración normativa del sistema, así como su evolución y desarrollo de la mano del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

#### 1. Las bases jurídicas del sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales

A pesar de la solemnidad con que el Tratado de la Unión Europea declara que la Unión se fundamenta en los valores de respecto de la dignidad y los derechos

humanos (artículo 2), lo cierto es que no fueron los individuos, sino las empresas, quienes primera reivindicaron el efecto directo de ese reflejo indirecto de la dignidad que suponen las libertades económicas (Augenstein, 2013: 1918). Desde sus orígenes, la protección de los derechos fundamentales en la Unión ha estado estrechamente vinculada a la ordenación del mercado. Probablemente porque las libertades económicas –más concretas y reflejo de una orientación ideológica, en este caso, ordo liberal– sirven mejor al propósito de integración supranacional (Dehousse y Weiler, 1990: 242). Es indiscutible que, en el proyecto europeo el mercado hace las veces de motor y los derechos fundamentales son un elemento añadido.

La cuestión sobre el nivel de protección se plantea por primera vez en el contexto de la doctrina *Solange*, formulada por el Tribunal Constitucional alemán en 1974. A través de la misma, el intérprete constitucional reivindicaba su poder de revisión de las normas comunitarias mientras la protección de la dignidad humana no tuviera un estándar equivalente al asegurado a nivel nacional. A partir de este desafío, la Unión inició el diseño de un sistema propio de protección de los derechos fundamentales que durante mucho tiempo resultó condicionado por una limitación competencial.

En efecto, la insuficiencia de la estructura comunitaria llevó a una solución intermedia. Por un lado, el legislador europeo recurría a su título horizontal para aproximar las legislaciones nacionales en aras al establecimiento y funcionamiento del mercado interior (actuales artículos 26 y 114 TFUE)<sup>2</sup>. Por otro, el Tribunal de Justicia (desde ahora, TJUE) reforzaba la posición de la dignidad en la fase de ejecución del Derecho comunitario, situando como principios generales del mismo los derechos derivados de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros.

Ambas dificultades fueron parcialmente resueltas tras la revisión de la estructura de la Unión por parte del Tratado de Lisboa. Aunque el legislador comunitario sigue siendo incompetente para el desarrollo de los derechos fundamentales, éstos han ganado protagonismo a través de un buen número de normas derivadas basadas en potestades específicas. Así, por ejemplo, las Directivas ligadas a los derechos sociales y laborales se fundamentan en la competencia compartida en materia social; la lucha contra la discriminación dispone de un artículo propio en el Tratado

---

2 El uso de una competencia para la ordenación del mercado con fines de promoción y defensa de los derechos no es novedoso. En el contexto estadounidense la cláusula de comercio ha servido de subterfugio para evitar el bloqueo de determinados legisladores locales a la hora de avanzar en el reconocimiento de derechos. Así, fue el impacto que sobre la economía nacional lo que permitió al legislador federal reivindicar su competencia para remover las prácticas de segregación racial en establecimientos públicos toleradas por determinados estados. Y la misma argumentación aparece en la prosecución del trabajo infantil, presentada como una ventaja competitiva injusta para las empresas ubicadas en los territorios favorables a estas condiciones indignas.

de Funcionamiento (artículo 19) y lo mismo ocurre con la protección de datos personales (artículo 16).

Adicionalmente, la reforma de Lisboa (artículo 6 del Tratado de la Unión) confirió a la Carta de Derechos Fundamentales (desde ahora, CDFUE) el mismo valor jurídico que los Tratados, consolidándola como un elemento esencial dentro del catálogo de derechos. De manera que asistimos a una revisión profunda del proyecto comunitario para implementar un sistema de protección en el que la CDFUE se suma a los derechos fundamentales reconocidos por las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y aun a los garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (desde ahora, CEDH), por más que estos dos últimos grupos sigan manteniendo su condición de principios generales del Derecho de la Unión. Como es sabido, el reforzamiento de la dignidad humana debía completarse con la adhesión a este CEDH por parte de la Unión, pero ésta sigue sin materializarse.

Cabía esperar que el sistema evolucionara hacia una ordenación jerárquica de los derechos en atención a su origen o, incluso, hacia una protección polifónica en la que diversas instancias –el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (desde ahora, TEDH), el TJUE y los tribunales constitucionales nacionales– contribuyeran a la protección de la dignidad desde sus respectivas perspectivas. Nada de esto ha tenido lugar y la cuestión relativa al nivel de protección sigue, en gran medida, sin resolverse. Lo único que queda claro es que la protección comunitaria disfruta de un elevado nivel de autonomía en un doble sentido, material y formal.

El TJUE no comparte con el juez de Estrasburgo la aproximación a la protección de los derechos fundamentales. Cuando el TEDH ha examinado –controlando su aplicación por parte de un Estado miembro– las posibles vulneraciones al Convenio derivadas del Derecho de la Unión, lo ha hecho partiendo de una presunción *iuris tantum* de equivalencia. En su formulación inicial, el TEDH exigía que el Estado no disponga de margen de decisión y existan, dentro del ordenamiento comunitario, mecanismos efectivos de control y garantía de los derechos. No obstante, la paulatina relajación de los requisitos ha llevado a una aplicación automática (Pergantis, 2024: 394), de suerte que el TEDH descarta entrar a analizar el contenido de la regulación comunitaria, lo que en la práctica supone trasladar al demandante la difícil carga de aportar una prueba de entidad suficiente para cuestionar la capacidad del sistema comunitario para proteger su derecho. De algún modo, la falta de adhesión al CEDH se traduce en una merma de la permeabilidad del sistema comunitario a las interpretaciones y test empleados por el TEDH. El TJUE mantiene un notable margen de decisión en este punto.

Algo similar ocurre con la interpretación de los derechos fundamentales efectuada en sede nacional. Desde el punto de vista formal, el sistema comunitario emplea el principio de primacía como criterio de ordenación de sus relaciones con

los niveles nacionales de protección de los derechos fundamentales. En aplicación del mismo, el TJUE ha establecido que las autoridades nacionales están obligadas a aplicar el estándar comunitario de protección cuando actúan en el ámbito del Derecho de la Unión<sup>3</sup>. También en los casos en que, existiendo un nivel suficiente de armonización comunitaria, el mantenimiento del nivel nacional pueda comprometer la aplicación uniforme o el efecto útil del Derecho de la Unión<sup>4</sup>. En algunos casos el juez comunitario no ha dudado en mantener el criterio incluso cuando el estándar nacional de protección era más elevado<sup>5</sup>.

## 2. El juicio de unidad del mercado interior como test para la protección de los derechos fundamentales

Las características del sistema comunitario de protección confieren una importancia indiscutible al enfoque utilizado por el TJUE al aproximarse al interpretar los derechos fundamentales en el contexto del mercado interior. La cuestión ha generado una cantidad significativa de producción académica, pero cabe destacar que el diseño de la propia arquitectura de la Unión ha contribuido a que su sistema de protección de derechos sea también autónomo en cuanto al desarrollo de una lógica interpretativa propia, con una clara tendencia hacia el mantenimiento de la eficacia de las libertades económicas de circulación. En el contexto comunitario, la valoración sobre la compatibilidad entre derechos y mercado suele arrancar de la sospecha de que el ejercicio de los mismos puede constituir un obstáculo –al menos potencial– a la libre circulación. No es de extrañar que la posición tradicional del juez comunitario haya venga caracterizada por una lógica conflictual y restrictiva que la reforma de Lisboa no ha alterado sustancialmente.

Sin duda, la sujeción de todas las actuaciones de la Unión –incluidas, lógicamente, las relativas al mercado interior– al respecto de los derechos fundamentales ha incrementado la litigiosidad, favoreciendo avances en relación con algunos ámbitos que seguían siendo inaccesibles para la lógica de la protección de la dignidad. Así, por ejemplo, la ampliación del ámbito de aplicación de los derechos al propio de las libertades económicas (Trstenjak y Beysen, 2013: 305) ha permitido al TJUE reconocer un efecto directo limitado de los derechos de la Carta en las relaciones entre particulares cuando una de las partes actúa como reguladora de futuras relaciones entre individuos o tiene una posición de superioridad (Leczykiewicz, 2013: 479). Pero, en general, la interrelación entre derechos fundamentales y mercado interior no se ha saldado con resultados positivos para estos últimos.

---

3 Asunto *Akerberg Fransson* (C-617/10), de 26 de febrero de 2013.

4 Asunto *Melloni* (C-399/11) de 26 de febrero de 2013.

5 Asunto *Digital Rights Ireland* (C-29312 y C-594/12), de 8 de abril de 2014.

El solapamiento entre derechos y libertades económicas ha derivado en un test propio del TJUE que no se corresponde con el manejo por el TEDH ni los tribunales constitucionales nacionales. Las facilidades otorgadas por la reforma de Lisboa para plantear los asuntos desde una óptica simultánea –derechos y mercado– no han impedido que la jurisprudencia dé preferencia a la lógica de la libre circulación sobre la propia de la protección de los derechos (De Vries, 2015: 239). De manera que lo más habitual es que el juez comunitario aplique la estructura del juicio de unidad del mercado interior: la existencia de un efecto pernicioso para un colectivo de operadores económicos por comparación con sus competidores; la presencia de una razón imperativa de interés general que justifique este trato diferenciado; y el carácter proporcionado de los efectos restrictivos de la libre circulación (Rosino, 2021: 106). Esto tiene implicaciones profundas para los derechos.

Como se ha señalado, el sistema comunitario arranca sistemáticamente de la presunción de que su ejercicio constituye un obstáculo a la libre circulación. A partir de ahí, se produce una inversión de la carga de la prueba a que estamos habituados, siendo preciso justificar que el ejercicio del derecho no supuso una restricción ilícita de alguna de las libertades económicas. A tal fin, el litigante deberá justificar la aplicabilidad de alguna de las razones imperiosas de interés general admitidas por el Derecho de la Unión. La tarea se antoja titánica. En términos generales, por la –ya mencionada– actitud de un juez comunitario que se ha mostrado tradicionalmente reacio a propósito de los efectos que la diversidad regulatoria puede provocar en el funcionamiento del mercado interior. Pero también, de forma concreta, por la ausencia, hasta la fecha, de un criterio jurisprudencial claro que facilite la identificación de la razón imperiosa que mejor parece adaptarse a este tipo de pretensiones o las condiciones bajo las cuales el ejercicio de un derecho fundamental puede justificar una restricción de las libertades económicas (De Vries, 2015: 254). En este punto, el hecho de que los litigantes puedan aprovechar esta indefinición para tratar de incidir en la interpretación de los derechos en sede del TJUE mediante la elaboración de argumentos basados en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y la jurisprudencia del TEDH, no oculta la subversión de la lógica constitucional de que habitualmente guía la interpretación de los derechos fundamentales con el consiguiente riesgo de desnaturalización. Basta recordar que esta lectura comunitaria de los derechos en términos de obstaculización a la libre circulación influida por las libertades económicas se integra en un nivel de protección con capacidad para desplazar el propio de los Estados miembros.

La excepción a esta regla es la jurisprudencia del TJUE a propósito del derecho a la protección de datos de carácter personal (artículo 8 CDFUE). En este tipo de asuntos el juez comunitario concede una consideración autónoma del derecho, sin exigir que los litigantes demuestren su conexión en el caso concreto con la libre circulación. Más aún, este tipo de asuntos no se resuelven desde la estructura pro-

pio del juicio de unidad circulación (De Vries: 2013, 258). En su lugar, el TJUE aplica un control de proporcionalidad muy parecido al del TEDH, lo que permite interpretar la protección de los datos personales en clave de su relación con la intimidad, incluso si ello implica limitar las libertades económicas<sup>6</sup>. Más adelante se propondrá una posible justificación a este cambio, pero, por el momento, parece interesante destacar que esta línea jurisprudencia pone de manifiesto que otra lectura –más próxima al lenguaje propio de los derechos– es posible. Al menos en el contexto del mercado digital la unidad de mercado puede tener un efecto generador de nuevos significados y contenidos de los derechos<sup>7</sup>.

La experiencia comunitaria muestra que la relación entre mercado y derechos fundamentales resulta primeramente condicionada por la configuración jurídica de ambos elementos. En un sistema donde la integración depende se articula prioritariamente en torno al mercado, el modelo comunitario de protección de derechos ha tendido a considerarlos como obstáculos frente las libertades económicas. Esta aproximación ha llevado al TJUE a extrapolar el test diseñado para salvaguardar la integridad del mercado interior, provocando una inversión de la carga de la prueba y alterando la lógica interpretativa habitual de los derechos fundamentales. La utilización de la ordenación de mercado lleva implícito un riesgo real de desnaturalización de los derechos fundamentales, especialmente en un contexto –como el comunitario– donde rige un principio de primacía que puede imponer este estándar desvirtuado sobre las interpretaciones nacionales.

No obstante, la desnaturalización no parece inevitable. La jurisprudencia en materia de protección de datos personales abre una vía alternativa para reorientar la relación entre integración económica y dignidad humana. Este derecho ha recibido un tratamiento más depurado en el Derecho de la Unión que en el contexto del CEDH, reconociendo a la protección de datos personales un carácter autónomo y esencial en entorno digital.

Lo excepcional de esta línea jurisprudencia hace volver la mirada a las características particulares de este derecho –de naturaleza esencialmente técnica y estre-

---

6 Por ejemplo, en el asunto *Digital Rights Ireland* (C-293/12 y C-594/12), de 8 de abril de 2014, el TJUE anuló la Directiva de retención de datos porque implicaba una “interferencia extensa y particularmente grave” en los derechos al respeto de la vida privada (art. 7) y a la protección de datos (art. 8), sin estar “limitada a lo estrictamente necesario”. Asimismo, en el asunto *Google Spain* (C-131/12), de 13 de mayo del mismo año, el Tribunal reconoció que un motor de búsqueda “afecta de forma significativa” los derechos fundamentales y concede al interesado el poder de pedir que se desvincule su nombre de ciertos resultados, incluso si la información es veraz, porque “estos derechos prevalecen, en principio, sobre el interés económico del buscador”.

7 En este sentido, conviene recordar el origen jurisprudencial (asunto *Google Spain* (C-131/12), de 13 de mayo de 2014, del denominado “derecho al olvido”, entendido como la facultad de una persona para solicitar la supresión de sus datos personales cuando ya no son necesarios para los fines para los que fueron reconocidos.

chamente vinculado al funcionamiento de Internet—. Pero también a al mercado digital. En el epígrafe siguiente se abordarán los cambios introducidos por la generalización de Internet, tanto en el ejercicio de determinados derechos fundamentales, como perspectiva de los derechos como en la noción misma de mercado. Esto permitirá valorar si el mercado digital puede convertirse en un espacio propicio para la protección de la dignidad humana a través del recurso a las ordenaciones de mercado.

#### IV. LA DIGNIDAD HUMANA DIGITALIZADA. IMPACTO EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL MERCADO

La existencia de un modelo comunitario de protección de datos personales más desarrollado en que vigente en el sistema del CEDH dirige la atención hacia el entorno y mercado digital. Aunque los orígenes de este derecho fundamental son anteriores, la preocupación por los datos de carácter personal adquiere su importancia actual a raíz de la generalización de Internet como tecnología comunicativa. Por tanto, debe valorarse si esta tecnología favorece la protección de determinados derechos a través de la ordenación del mercado.

Este epígrafe se centra en el modo en que la irrupción del dato liga de manera indisoluble los derechos fundamentales y las libertades económicas. Internet no solo ha magnificado la importancia práctica de la protección de datos personales y de las libertades comunicativas. También ha alterado profundamente la propia noción de mercado. En el entorno y mercado digital, la actividad humana en el entorno digital –incluido el ejercicio de los derechos fundamentales– genera externalidades en forma de datos susceptibles de ser monetizados, superando así la clásica separación entre derechos y economía.

Para abordar esta cuestión, el epígrafe se organiza en dos partes. En primer lugar, se comentan las transformaciones jurídicas provocadas por el entorno digital y se examinan los cambios experimentados en los dos derechos fundamentales mencionados. A continuación, se estudia cómo la conversión del dato en núcleo del intercambio económico de nuestros días ha alterado la ordenación del mercado, pues su circulación desborda el esquema tradicional de las libertades económicas. En consecuencia, el mercado se ha convertido en una herramienta no solo posible, sino necesaria, para la garantía efectiva de la dignidad humana en la sociedad digital.

##### **1. Las transformaciones ligadas a la generalización de Internet como un entorno comunicativo**

El efecto disruptivo del entorno digital ha generado un volumen significativo de literatura académica, generalmente crítica. El poder transformador de esta

tecnología en el ámbito político<sup>8</sup>, económico<sup>9</sup> e, incluso, antropológico<sup>10</sup> resulta indiscutible y ha generado una auténtica sociedad digital en cuanto nuestra cultura y forma de existencia aparecen actualmente mediatizadas por un entorno tecnológico al que hemos ido migrando un número cada vez mayor de actividades. Sus claves parecen ser una arquitectura diseñada para facilitar la transmisión de información y la generación de conocimiento a unos ritmos y con un volumen imposible mediante otros medios, así como en la ausencia de un único poder soberano, lo que se traduce en un escaso nivel de seguridad técnica y jurídica (Barrio, 2021b: 36). Lo digital transforma los fundamentos del Estado de Derecho, alterando el ejercicio del poder político y aun nuestra comprensión de los derechos fundamentales.

En el ámbito jurídico, la transformación es especialmente sensible en un Derecho Público en el que la Ley ha perdido su posición central como elemento de creación jurídica. Hoy, la explicación de las fuentes normativas –especialmente de las directamente relacionadas con el entorno digital– se ha convertido en un rompecabezas. Existe una miríada de regulaciones infralegales, supranacionales, resoluciones jurisprudenciales y aun ordenaciones de naturaleza privada. De manera que la reforma normativa se ha convertido en una función pública permanente (Mir Puigpelat, 2004: 56) al ritmo frenético del funcionamiento y transformación de las nuevas tecnologías. Antes la aplicación judicial derivaba de un grupo más o menos amplio de instituciones que vertebraban las disciplinas administrativa y constitucional. Hoy es la sistematización de jurisprudencia la que permite inferir una lógica no escrita desde la que explicar el funcionamiento del sistema. Nuestras disciplinas –incluida la propia de los derechos fundamentales– parecen haber quedado huérfanas de instituciones generales que permitan tener una visión de conjunto (Cassese, 2010: 15). Como consecuencia de esta visión fragmentaria, el sistema de garantías de la dignidad humana parece avanzar siguiendo la dirección marcada por los derechos más estrechamente vinculado al entorno digital, en particular la protección de datos personales y las libertades comunicativas.

---

8 En este sentido, Byung-Chul Han ha desarrollado el concepto de “datocracia” para referirse a una técnica de ejercicio del poder propiciada por el capitalismo digital y que sustituye los medios represivos tradicionales por la autoexposición de nuestro comportamiento y su predictibilidad gracias a la recolección de, análisis y uso de datos. Han, B.-C.: *Infocracia: La digitalización y la crisis de la democracia*. Taurus, Madrid, 2022.

9 Srnicek pone de manifiesto el carácter esencialmente formalista del poder estatal para regular determinadas plataformas digitales cuyo nivel de influencia resulta significativamente superior al de los monopolios que caracterizaron el tránsito del siglo XIX al XX a resultas de los rasgos propios del entorno digital. Srnicek, N.: *Capitalismo de plataformas*, Caja Negra, Buenos Aires, 2018.

10 Éric Sadin recurre a la imagen del espectro para referirse tanto al carácter irreal de nuestros perfiles digitales -que reflejan exclusivamente nuestro estilo de vida-, como a una deshumanización derivada de la pérdida de capacidades puramente humanas tales como la escritura, la creatividad artística y el trato interpersonal. Sadin, É.: *La vida espectral*, Caja Negra, Buenos Aires, 2024.

La protección de datos personales es resultado de la sustantivación de un uso instrumental del derecho a la intimidad en el contexto digital (Solove, 2004: 57). Aunque su origen no se encuentra en éste, su reconocimiento como derecho fundamental se ve impulsado por la generalización del uso de Internet y su naturaleza como plataforma comercial y comunicativa, lo que condiciona su configuración (Streinz, 2021: 908). De este modo, los contenidos de este derecho son notablemente más técnicos que lo que suele ser habitual en el lenguaje de los derechos fundamentales. Además, su técnica regulatoria recuerda a la propia del mercado, centrándose tanto el carácter libre del consentimiento, como en el valor económico que estos datos adquieren para los operadores.

Así, la protección de datos personales descansa, en gran medida, en el interés general suscitado por una tecnología que permite su captación, almacenamiento y comercialización, y su eventual incidencia indirecta en otros derechos cuando no se adoptan las garantías adecuadas. En estos términos, no resulta sorprendente que la protección de datos personales haya recibido un tratamiento más minucioso en el marco de la Unión Europea que en el ámbito del CEDH, ni que su desarrollo haya seguido una estrategia predominantemente regulatoria estrechamente vinculada a la evolución del mercado interior<sup>11</sup>.

De este modo, el Reglamento General de Protección de Datos Personales (desde ahora, RGPD)<sup>12</sup> combina la lógica de integración del mercado con la propia de los derechos fundamentales de la que resulta una estructura institucional basada en autoridades de control –en España la Agencia Española de Protección de Datos<sup>13</sup>– que, sin embargo, no impide un acceso a la jurisdicción del TJUE sobre la integridad del mercado interior que antes resultaba prácticamente imposible (Streinz, 2021: 916).

Por su parte, la protección de las libertades comunicativas –expresión y comunicación– ha centrado la atención del TEDH. En ausencia de un poder soberano

---

11 La primera regulación sobre la materia -Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995- constituyó un ejercicio de la competencia comunitaria sobre el mercado interior en un momento en que el impacto de Internet sobre la intimidad aún resultaba desconocido. Esto dio lugar a dudas respecto de su aplicabilidad a el entorno digital (Streinz, 2021: 912). Por tanto, hubo que esperar hasta 2002 para que la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas -Directiva 2002/58/EC, de 12 de julio– estableciera un régimen específico de protección de datos en dicho entorno. Para el momento de la revisión del proyecto comunitario con el Tratado de Lisboa, la aparición del mercado digital y su repercusión sobre la intimidad ya son una realidad. De manera que el nuevo marco normativo reconoce expresamente la necesidad de proteger los datos personales como un derecho fundamental consagrado en la CDFUE (artículo 8) e incorpora al Parlamento Europeo al proceso legislativo.

12 Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE..

13 Artículo 44.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

que asegura la estructura básica que debe permitir su disfrute, el juez de Estrasburgo ha mostrado una notable actividad en la configuración de Internet como un entorno comunicativo caracterizado por su capacidad para almacenar y transmitir enormes cantidades de información, lo que contribuye tanto a facilitar el acceso del público a las noticias como a ampliar la difusión de la información en general<sup>14</sup>. De manera que, incluso cuando los casos versan sobre otros derechos protegidos por el Convenio –en particular, el derecho al respeto de la vida privada y familiar consagrado en el artículo 8 CEDH–, el hecho de que la conducta analizada se haya desarrollado en la Red impone sistemáticamente un examen desde la perspectiva de los límites legítimos a las libertades comunicativas (artículo 10 CEDH). Los insultos, publicaciones difamatorias, protección de menores o revelación de aspectos privados sin interés general copan la jurisprudencia de Estrasburgo. En ese marco, Internet parece haber potenciado –o, al menos hecho más evidente– la vertiente instrumental de las libertades comunicativas para el desarrollo de los restantes derechos fundamentales. No es que este carácter central fuese desconocido. La doctrina académica ha sido constante en la explicación de que, bajo unas condiciones mínimas de pluralismo político, las libertades comunicativas actúan de motor del resto de los derechos, facilitando controversias sobre qué intereses que deben ser reconocidos como derechos, cómo deben concretarse (Waldron, 1993: 30) y, en última instancia, cuál debe ser el papel del Estado (Alexy, 2002: 34).

Sin embargo, el tránsito de los internautas de receptores pasivos de información a creadores y participantes activos (Barrio, 2021b: 27) ha transformado profundamente los procesos tradicionales de circulación de ideas, así como nuestra comprensión de una dignidad humana. Los cambios que se han producido en las dos últimas décadas en torno a la identidad, la corporeidad, la subjetividad o el multiculturalismo se explican, en buena medida, por la neutralidad que caracterizó el debate en la Red. Al menos hasta el éxito de las redes sociales, la ausencia de un poder soberano visible se tradujo en una revisión del espacio público moderno –antes casi exclusivamente circunscrito a la política institucional y a los medios de comunicación tradicionales– para incorporar en él un número creciente de elementos tomados de la vida cotidiana (Pleyers, 2017: 43). Si hoy la dignidad alumbró nuevos derechos –como el acceso a la Red o el desarrollo de una identidad digital (Barrio, 2021a: 40)– es gracias a que, en su doble condición de producto y catalizador del pensamiento posmoderno (Poster, 2006: 64), Internet ha enriquecido la esfera pública, integrando en ella nuevas concepciones de la vida que reclaman revisar los derechos fundamentales desde claves más abiertas y sensibles a la diferencia.

---

14 En este sentido, STEDH de 10 de marzo de 2009, caso Times Newspaper Ltd. Contra Reino Unido. En todo caso, la descripción se utiliza de manera recurrente en la jurisprudencia del TEDH sobre Internet.

Con todas sus limitaciones, la libertad de expresión digital nos aproxima a una noción más amplia de opinión pública de los escritos de Stuart Mill (2014: 134), entendida como un intercambio de todo tipo de opiniones dentro de la sociedad para facilitar el progreso social y cuya intervención por parte del Estado depende del nivel de desarrollo del contexto. Por eso, el desafío actual del Estado de Derecho consiste en diseñar mecanismos de garantía de las libertades comunicativas que sean lo suficientemente flexibles para responder a las inevitables amenazas de un contexto que sigue siendo esencialmente privado y cuyo ritmo de transformación es vertiginoso y constante.

## **2. El mercado digital. De herramienta de contratación a elemento de protección de los derechos**

Lo digital ha supuesto, también, una transformación estructural del mercado. En la última década del siglo XX, Internet era ya una realidad de naturaleza privada, pero no un mercado. Aún hoy, cada uno de sus estratos –físico, lógico y de servicios y contenidos (García Mexía, 2009: 12) – se articula principalmente a través de relaciones contractuales de naturaleza mercantil. En última instancia, el acceso a la fibra óptica o a la conexión de satélite que permiten la transmisión de datos, el navegador utilizado y la plataforma concreta donde se desarrolla la actividad en línea, son todos elementos índole privada, ajenos a la intervención directa del Estado. Ni siquiera los protocolos que permiten la comunicación de datos son definidos por autoridades públicas. Internet solo reclama una ordenación pública a partir del momento en que la interrelación de los distintos estratos lo configura como un fenómeno que va más allá de su mera suma (Barrio, 2021b: 35). Como se vio, a finales del siglo XX la Unión Europea seguía manteniendo reservas acerca de la consideración de Internet como algo distinto de una infraestructura puramente comunicativa. De manera que su atención se centró exclusivamente en la ordenación de su sustrato físico, que quedó sujeto al Derecho de las Telecomunicaciones (Barrio, 2021b: 94). Las restantes capas carecían aún de entidad suficiente para reclamar su ordenación hasta el inicio del nuevo siglo, cuando se generalice el uso de Internet con fines comerciales, lo que situará

La nueva situación sitúa al mercado interior en un escenario inédito. Por un lado, se incrementa –al menos potencialmente– el tráfico transfronterizo de mercancías y servicios. Por otro, se redefine el rol del consumidor, que comienza a desbancar a los intermediarios tradicionales de su posición de privilegio. Desde el punto de vista jurídico, el nuevo paradigma de consumo exige armonizar el tratamiento que los Estados estaban confiriendo a contratación electrónica en lo relativo a su perfeccionamiento y la protección del consumidor; la definición del punto de conexión con el Derecho de la Unión; y, en menor medida, la responsabilidad

de los prestadores por la difusión de contenidos que vulneran la propiedad intelectual (Barrio, 2021b: 152) Estos serán, precisamente, los ejes centrales de la Directiva de Comercio Electrónico<sup>15</sup>, la primera norma comunitaria en abordar de forma sistemática esta dimensión emergente del mercado.

Porque, pese a todo, el mercado digital –como realidad estructurada– no surge hasta unos años más tarde, y lo hace de forma espontánea. Internet se transforma en un mercado propiamente dicho de la mano de unas plataformas híbridas de comercio que ya no necesitan tener una presencia física e incluyen en su oferta productos puramente digitales. También de unas redes sociales cuyo modelo de negocio es la monetización de la atención del usuario, ya sea mediante la venta de audiencia a efectos publicitarios o a través de la recopilación de datos de navegación. Estas transformaciones muestran que Internet no es simplemente un canal para las relaciones comerciales tradicionales, sino un entorno que reconfigura el propio concepto de mercado, al otorgar valor económico a un nuevo objeto. Sin duda, el dato ha transformado la economía (Draghi, 2024: 322). Su versatilidad, bajo coste marginal de producción, capacidad de replicación y su uso no rival –es decir, empleo simultáneo por múltiples usuarios– lo convierten en el eje de nuevos modelos de negocio (Vives, 2024: 5) cada vez más orientados a la actualización y personalización de la oferta.

Pero la centralidad del dato ha implicado, además, una revisión de la estructura del mercado interior. Su definición clásica como un espacio articulado en torno a cuatro libertades de circulación –bienes, servicios, personas y capitales– resulta insuficiente frente a un producto cuya naturaleza inmaterial desafía su conceptualización como mercancía, y, al mismo tiempo, carece de los elementos necesarios para ser considerado un servicio. No puede obviarse, además, que sus procesos de captación, almacenamiento y comercialización se apoyan en actividades humanas dirigidas a la adquisición de bienes y servicios o al ejercicio de las libertades comunicativas, conductas todas ellas estrechamente vinculadas a la vida privada. De manera que una configuración inadecuada de las plataformas digitales, o un régimen jurídico que disuada estos comportamientos, puede suponer la interrupción misma de dinámica de este mercado.

Desde esta perspectiva, la transición hacia el Mercado Único Digital –que impulsa la Unión Europea para adaptarse a estos cambios<sup>16</sup> (Marcus, 2024; 37)– pare-

---

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

16 Aunque sus antecedentes inmediatos pueden rastrearse en la Agenda Digital para Europa, lanzada tras el Tratado de Lisboa, el concepto de Mercado Único Digital aparece formalmente por primera vez en la Estrategia para el Mercado Único Digital, publicada en 2015. En ella, este nuevo espacio se define por analogía con el mercado interior y sus cuatro libertades clásicas: libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, ahora proyectadas al entorno digital. Con posterioridad, este mercado

ce eliminar definitivamente la tradición separación entre derechos fundamentales y mercado. Su implementación no solo exige el reconocimiento de la circulación de datos como una quinta libertad económica (Letta, 2024: 20). Evidencia, además, que la regulación del espacio económico no puede desentenderse de una garantía efectiva de los datos personales y de las libertades comunicativas, indispensables para hacer atractiva y segura la interacción en Internet.

Así entendido, el nuevo Mercado Único Digital sitúa la protección indirecta de la dignidad humana a través de la unidad de mercado, no como una opción posible, sino como una necesidad ineludible de nuestro tiempo.

La transformación digital ha desdibujado las fronteras clásicas entre el mercado y los derechos fundamentales. Para el usuario –y también para el TEDH–, Internet sigue siendo un espacio de interacción social, en el que despliega su personalidad y ejerce sus libertades. Para las empresas, esas mismas actividades generan externalidades monetizables en forma de datos, lo que incentiva a las plataformas –esencialmente las redes sociales– a tolerar e, incluso promover, el abuso en el ejercicio de las libertades comunicativas si ello permite maximizar la obtención y explotación de datos personales. El entorno digital reclama una protección específica de las libertades comunicativas y de la intimidad que trasluce a través de los datos.

De manera complementaria, el buen funcionamiento del mercado digital exige que dicha protección provenga de la ordenación del espacio económico, pues la circulación de datos depende directamente de que el interesante considere la actividad en línea una opción suficientemente atractiva. Así, se produce la protección de los derechos y el mercado se vuelve recíproca e interdependiente. En el entorno digital, ni la integridad del espacio económico queda completa sin la regulación de determinados derechos fundamentales, ni estos pueden considerarse efectivamente garantizados sin recurrir a las potestades estatales sobre el funcionamiento del mercado.

## V. ALGUNOS COMENTARIOS A PROPÓSITO DEL REGLAMENTO DE SERVICIOS DIGITALES

Seguramente, la protección indirecta de la dignidad humana que se ha venido argumentando constituya una de las transformaciones más inesperadas que el entorno digital ha traído para el Estado de Derecho contemporáneo. Con la generalización de Internet, la integración de los derechos fundamentales en la lógica

---

digital ha ido adquiriendo una sustantividad propia que busca ofrecer respuestas a un desafío específico de este entorno: el almacenamiento, procesamiento y circulación transfronteriza de los datos no amparados por el RGPD (los denominados datos no personales), dando origen a un debate académico sobre su relación con el mercado interior tradicional, en términos de complementariedad o autonomía funcional (Marcus, 2024: 37).

de la libre circulación ya no puede limitarse exclusivamente a evaluar su posible efecto obstaculizador. En el contexto del Mercado Único Digital, la vulneración sustantiva de derechos fundamentales como la protección de datos personales o las libertades comunicativas puede convertirse, en sí misma, en un obstáculo a la libre circulación, lo que obliga a replantear los límites y relaciones tradicionales entre derechos y mercado.

El nuevo escenario exige que las instituciones comunitarias no permanezcan al margen de su deber de protección cuando el funcionamiento del espacio económico avanza por derroteros más próximos al leguaje de los derechos. De manera que el sistema comunitario de derechos fundamentales ya ha reconocido el carácter singular de la protección de datos personales. Más allá de su literalidad, la aplicación del RGPD ha consolidado un test autónomo que permite al TJUE poner coto a la influencia de las libertades económicas como criterio de interpretación de la dignidad.

El Reglamento de Servicios Digitales (desde ahora, DSA)<sup>17</sup> parece avanzar en una estrategia análoga en relación con las libertades comunicativas. Aunque su aprobación relativamente reciente impide todavía evaluar con precisión su alcance en el sistema de derechos fundamentales de la Unión, sus similitudes estructurales con el RGPD auguran un desarrollo similar que podrá desembocar en el reconocimiento de otro test especial desvinculado del tradicional juicio de unidad del mercado interior.

Este epígrafe cierra, así, con una referencia al DSA como corolario normativo de la lógica de protección indirecta de la dignidad que se ha venido exponiendo. En primer lugar, se ofrece una síntesis de la regulación de las libertades comunicativas contenida en el Reglamento. A partir de ella, se realiza una valoración preliminar sobre la posible evolución del sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales y los retos que enfrenta el proyecto comunitario en su tránsito hacia una estrategia jurídica coherente con el entorno y mercado digital.

### **1. El papel del DSA en el tránsito hacia el Mercado Único Digital.**

En cierto sentido, el DSA puede entenderse como una reivindicación por parte del legislador comunitario del papel de la Unión como el marco más adecuado para ponderar la pluralidad de intereses asociados al entorno y mercado digital. Su objetivo declarado –conformar un entorno digital seguro, predecible y fiable compatible tanto con la innovación, como con la protección efectiva de los derechos de la Carta (artículo 1)– profundiza en la integración entre la lógica del mercado interior y la de los derechos fundamentales que ya había esbozado el RGPD.

---

<sup>17</sup> Reglamento (UE) 2022/2065, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

Tal vez, el rasgo más innovador del DSA consista precisamente en utilizar la competencia comunitaria sobre el mercado interior para articular un régimen sustantivo de garantías de las libertades comunicativas, sin necesidad de justificar su incorporación al mercado digital como si se tratase de un contenido accesorio. Con buena lógica, el legislador comunitario parece asumir que estas libertades son parte constitutiva del propio Mercado Único Digital y que su protección resulta indispensable para su funcionamiento.

En efecto, desde una perspectiva formal, el DSA se limita a actualizar el marco jurídico de la Directiva sobre Comercio Electrónico, adaptándola a los nuevos modelos de negocio basados en datos. Su aprobación implica que todas las compañías digitales que operan en el territorio de los Estados miembros queden sujetas al cumplimiento de un conjunto bifronte de obligaciones. Algunas, como la transparencia sobre sus condiciones de servicio y la trazabilidad de los vendedores (artículos 14 y 30 respectivamente), operan en el contexto ordinario de una relación comercial. Otras, principalmente, la previsión de mecanismos efectivos de control de contenidos ilícitos (artículo 16) –definidos de manera muy amplia<sup>18</sup>– van más allá y conectan con unas libertades comunicativas que son interpretadas de conformidad con la visión del TEDH.

Sobre esta base común para todos los operadores que prestan servicios intermediarios, existe, además, un régimen especial y complementario para las plataformas de muy gran tamaño (artículo 33)<sup>19</sup>, lo que supone reconocer que éstas actúan como espacios semipúblicos para la interacción social y el comercio en línea. En este punto, el DSA sigue sin imponerles una conducta activa de remoción de contenidos ilícitos e identificación de sus responsables<sup>20</sup> (Barrero, 2021: 116), pero sí les obliga a evaluar de forma continuada el diseño, funcionamiento y uso –incluido el ilícito– de sus servicios (artículo 34) para evitar diversos riesgos sistémicos

---

18 Los contenidos ilícitos son definidos de manera muy amplia como cualquier información que, por sí misma o por referencia a una actividad, incluida la venta de productos o la prestación de servicios, no sea conforme con el Derecho de la Unión o con el de cualquier Estado miembro que sea conforme con el Derecho de la Unión, con independencia del objeto concreto o de la naturaleza de ese Derecho (artículo 3, letra h).

19 Aquellas cuyo promedio mensual de destinatarios del servicio activos en la Unión sea igual o superior a 45 millones. La cifra no es fija, debiendo actualizarse para ajustarse al 10% de la población de la Unión. Aunque pueden coincidir en la práctica, las plataformas de muy gran tamaño definidas en la DSA no son equivalentes a la figura de “guardián de acceso” prevista en el Reglamento de Mercado Digitales (artículo 2) y específicamente orientada a combatir el abuso de poder de mercado en la actual configuración del entorno digital.

20 Una exposición del régimen de responsabilidad de los intermediarios de Internet, en Barrero Ortega, A. Responsabilidad de los intermediarios de internet en el derecho de la UE, 2021, Revista Española de Derecho Constitucional, 123, p. 116.

como los efectos negativos reales o previsibles sobre el discurso cívico, los procesos electorales y la seguridad pública (artículo 34.1)<sup>21</sup>.

Como se desprende de este breve repaso de sus contenidos, el DSA confirma la tesis –ya apuntada– de que el adecuado funcionamiento del Mercado Único Digital exige un régimen de garantías que haga suficientemente atractiva la actividad en línea sobre la que se sostiene la economía de los datos. Por ello, en lugar de confiar en la aplicación directa de las libertades comunicativas en las relaciones privadas que estructuran este entorno, el legislador comunitario opta por traducir los estándares definidos por el TEDH en materia de comunicación digital en un elenco detallado de obligaciones precisas para las plataformas. Esta estrategia permite una respuesta concreta frente a los riesgos que las redes sociales suponen para la conformación de una opinión pública de las características de la que caracterizó los primeros años de Internet y, por extensión, para la admisibilidad de una pluralidad de interpretaciones sobre la dignidad humana y los derechos fundamentales<sup>22</sup>.

Como es lógico en una norma de ordenación del mercado, la eficacia de este esquema depende de su sistema de supervisión y sanción que se ajusta al tipo de obligación. El DSA mantiene la confianza en autoridades nacionales independientes designadas por cada Estado miembro<sup>23</sup>, competentes para conocer de las denuncias presentadas por particulares, empresas y sociedad civil (artículos 49 y siguientes) en relación con las obligaciones de alcance general. Por su parte, la Comisión Europea asumen la competencia exclusiva respecto de las plataformas de muy gran tamaño (artículo 65), pudiendo actuar de oficio o a solicitud de una de las autoridades nacionales designadas.

## 2. Algunos retos de la protección indirecta de la dignidad a través del mercado interior

Sin duda, resulta prematuro valorar con certeza el impacto que el DSA tendrá sobre la protección de los derechos fundamentales en el contexto de la Unión Eu-

---

21 Además de éste, tienen la consideración de riesgo sistémico: la difusión de contenido ilícito; cualquier efecto negativo real o previsible para el ejercicio de los derechos fundamentales, en especial los relativos a la dignidad humana, la protección de datos personales, la libertad de expresión, la no discriminación, los derechos del niño y los derechos de los consumidores; Y cualquier efecto negativo real o previsible relacionado con la violencia de género, la protección de la salud pública y los menores y las consecuencias negativas graves para el bienestar físico y mental de la persona.

22 En este sentido, puede sostenerse que el DSA incorpora la defensa de la democracia en sentido amplio al denominado “modelo social europeo”, utilizado como parámetro para orientar la acción comunitaria y limitar la primacía de las libertades económicas sobre los derechos fundamentales (Barón Crespo, 2009: 604).

23 En el caso español, la designación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia como coordinador de servicios digitales (Real Decreto-ley 9/2024, de 23 de diciembre) subraya, una vez más, el carácter integral del Mercado Único Digital, que alcanza tanto a las libertades económicas como a la protección de determinados derechos fundamentales.

ropea. No obstante, ya es posible anticipar algunos desafíos, tanto en términos de adaptación de ese sistema de garantía, como de la propia arquitectura comunitaria. Incluso cabe identificar un límite estructural a la protección indirecta de la dignidad a través del Mercado Único Digital.

El DSA implica una ampliación del ámbito material de aplicación de las libertades comunicativas, extendiéndolo a todas las actividades de transmisión, almacenamiento temporal y alojamiento de datos. De manera que un incremento notable de la litigiosidad ante el TJUE es una consecuencia esperada. Es posible que la jurisprudencia de los próximos años ponga en el centro del debate académico el equilibrio entre la libertad de expresión e información (artículo 11 CDFUE) y una libertad de empresa simultáneamente protegida como derecho (artículo 16 CDFUE) y libertad fundamental (en su conexión con la libertad de establecimiento, artículo 49 TFUE).

El TJUE se enfrenta aquí a una disyuntiva compleja, no tanto respecto del sentido de sus decisiones, sino en relación con la metodología que utilice para resolver estos conflictos. La lógica del DSA y la experiencia previa con el RGPD apuntan a una favorable del juez comunitario a condicionar el funcionamiento de las plataformas al respeto de las libertades comunicativas. Sin embargo, hay dos razones que llevan a considerar que sería un error trasladar sin matices los parámetros de la protección de datos personales a la regulación de estas libertades.

En primer lugar, la naturaleza específica de la protección de datos personales y su relación con el mercado difiere sustancialmente de la que presentan las libertades comunicativas. Como se expuso, el RGPD se apoya en estrategias concretas —la información, el consentimiento y medidas técnicas y organizativas— que inciden de forma limitada en la libertad de empresa, ya que la obtención, almacenaje y tratamiento de datos suele ser una actividad accesoria para la mayoría de las plataformas, y no el núcleo del modelo de negocio de la mayoría de las plataformas. En cambio, el DSA aspira a incidir directamente en el núcleo del modelo de negocio de las grandes plataformas —especialmente de las redes sociales—, lo que complica la búsqueda de equilibrio con las libertades económicas.

Por ello, una aplicación adecuada del DSA exige reconocer que nos enfrentamos a conflictos jurídicos distintos, aunque ambos se desarrollen en el mismo entorno digital y compartan su utilidad instrumental para el ejercicio de otros derechos. Son precisas ciertas dosis de flexibilidad, de manera que, al igual que el DSA distingue entre plataformas según su tamaño, una misma plataforma pueda estar sujeta a diferentes niveles de exigencia en atención a la naturaleza y circunstancias de su actividad y del derecho fundamental afectado. De lo contrario, las obligaciones ligadas a la previsión y control de riesgos sistémicos podrían derivar en restricciones desproporcionadas a la libertad de establecimiento, con el agravante de que mermarían el acceso al Mercado Único Digital de unos operadores

extracomunitarios –actualmente mayoritarios– obligados a mayores esfuerzos para adaptarse a una concepción de las libertades comunicativas que resulta ajena a su cultura jurídica de procedencia.

En segundo lugar, la estrategia en materia de protección de datos personales resulta inadecuada cuando se trata del control de contenidos. Aplicar el juicio de unidad en este tipo de asuntos conduce a consecuencias absurdas, pues consideraría que dicha eliminación obstaculiza la libre circulación por implicar la desaparición de los datos derivados de la publicación. En este punto, ni la renuncia a exigir un vínculo con la libre circulación, ni la aplicación voluntaria del juicio de proporcionalidad del TEDH –que marcaron el enfoque en materia de datos personales– ofrecen una solución satisfactoria.

La ponderación de los límites de las libertades comunicativas es una tarea especialmente delicada, que afecta a otros derechos fundamentales y requiere un nivel de sensibilidad que parece incompatible con los parámetros de autonomía y primacía que actualmente caracterizan al estándar comunitario de protección. El carácter complejo y sensible de este tipo de asuntos hace necesario reconocer al TEDH una capacidad real de revisión de lo decidido en Luxemburgo. Ni la adopción voluntaria de los estándares del TEDH, ni el diálogo entre tribunales parecen suficientes para evitar el riesgo de una desnaturalización en cadena de los derechos fundamentales. En consecuencia, es razonable anticipar que la implementación del DSA reabra el debate sobre la adhesión de la Unión al CEDH, pues la misma se antoja ahora ineludible.

Por último, y con alcance más general, podríamos esperar que nos encontremos a las puertas de un momento constituyente comparable al que supuso el Tratado de Lisboa. El carácter integral del Mercado Único Digital obliga a repensar la estructura del poder en el seno de la Unión Europea (Draghi, 2024: 172), con el fin de adaptarla a las características de un mercado y entorno que han unido de forma definitiva las distintas perspectivas de la dignidad humana.

## VI. CONCLUSIONES

El entorno y mercado digital evidencia la naturaleza ambivalente de la relación entre dignidad humana, derechos fundamentales y mercado. Internet ha desdibujado los límites tradicionales entre estas esferas, mostrando que la lógica de mercado puede erosionar tanto como reforzar la protección de los derechos fundamentales.

Tradicionalmente, la relación entre derechos fundamentales y mercado se ha articulado en términos de conflicto. A pesar del debate sobre el papel de los derechos en el seno de la Unión y de las reformas introducidas en Lisboa, el TJUE ha tendido a considerar los derechos fundamentales como obstáculos potenciales a las

libertades económicas. Esta lógica ha dado lugar a un sistema de protección frecuentemente criticado por favorecer la eficacia del mercado interior incluso a costa de una desnaturalización de los derechos fundamentales.

Sin embargo, la evolución del entorno y mercado digital —y, en particular, la centralidad del dato— obliga a repensar este planteamiento. Hoy, la ordenación del mercado no puede considerarse ajena a la protección de los derechos, sino como un instrumento necesario para la garantía y evolución de la dignidad humana en la sociedad digital. En el marco del Mercado Único Digital, la protección de la unidad de mercado y las garantías de los derechos se exigen recíprocamente y ninguna de ellas puede considerarse completa sin la adecuada configuración de la otra. De opción teórica, la esta protección indirecta de la dignidad ha pasado a convertirse en una necesidad ineludible.

La experiencia del RGPD y la novedad del DSA confirman esta transformación. Ambos textos reflejan una aproximación integral, donde el legislador europeo, de forma más o menos consciente, ensaya una respuesta propia a los desafíos de la sociedad de los datos. Esta respuesta plantea nuevos retos metodológicos e institucionales que deberían marcar el debate de los próximos años en la Unión Europea. Entre ellos, destaca la posible coexistencia de distintos estándares de protección —en función del derecho afectado y el mercado regulado—. Así como la necesidad de repensar el reparto de competencias y el modelo de ejercicio del poder entre las diversas instituciones comunitarias, con la adhesión al CEDH en el horizonte.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (2002) *A theory of Constitutional Rights*. Nueva York: Oxford University Press.
- Augenstein, D. (2013) Engaging the Fundamentals: On the autonomous substance of EU Fundamental Rights Law. *German Law Journal*, 14, 1917-1938.
- Barón Crespo, Enrique (2009): Constitución y modelo social europeo. *Estudios de Economía Aplicada*, 27, 599-608.
- Barrero Ortega, A. (2021) Responsabilidad de los intermediarios de internet en el derecho de la UE. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 123, 107-132.
- Barrio Andrés, M. (2021) Génesis y desarrollo de los derechos digitales. *Revista de las Cortes Generales*, 110, 197-233.
- Barrio Andrés, M (2021) *Introducción al Derecho de las nuevas tecnologías*. Madrid: Bosch México.
- Besselink, L. (2012) The Protection of Fundamental Rights post-Lisbon: The Interaction Between the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights and National Constitutions. En *Reports of the SSV FIDE Congress Tallin*, Volume 1. Tallinn: Tartu University Press, 1-139.

- Bioy, X. (2015). The use of the notion of humanity in french law. *Journal international de bioéthique et d'éthique des sciences*, 26, 245-260.
- Cassese, S. (2010). Lo stato presente del Diritto Amministrativo Italiano. *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, 2, 389-400.
- Dehousse, Renauld y Wieler, Joseph : The Legal Dimension, En W. Wallace (Ed.) *The dynamics of European Integration* (pp. 240-260). Londres: Royal Institute of International Affairs.
- De Vries, S. (2015) The EU Single Market as 'Normative Corridor' for the Protection of Fundamental Rights: The Example of Data Protection. En S. De Vries. y S. Weatherhil, (Eds.) *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument*. Oxford: Hart Publishing, 235-261.
- De Vries, S. (2016) Protecting Fundamental (Social) Rights through the Lens of the EU Single Market: The Quest for a More 'Holistic Approach'. *International Journal of Comparative Labour Law*, 32, 203-229.
- Draghi, M. (2024) Report on the Future of European Competitiveness: Empowering the Single Market to Deliver a Sustainable Future and Prosperity for All. Bruselas: Comisión Europea.
- Finkielkraut, A. (1996). *L'humanité perdue. Essai sur le XXe siècle*. Éditions du Seuil, 1996.
- García Mexía, P. (2009). *Derecho europeo e internet*. La Coruña: editorial Netbiblo.
- Hayek, F.A. (1945). The use of knowledge in Society. *The American Economic Review*, 35, 519-530.
- Leczykiewicz, D. (2013). Horizontal application of the Charter of Fundamental Rights. *European Law Review*, 38, 479-497.
- Letta, E. (2024): Much more than a market. Speed, Security, Solidarity. Report for the future of the Single Market. Bruselas: Comisión Europea.
- Mir Puigpelat, O. (2004) *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- Montoro Ballesteros, A. (1999). *Sistema de teoría fundamental del Derecho*. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pergantis, V. (2024). Recalibrating the 'Strict Obligations' Requirement of the Bosphorus Doctrine of Equivalent Protection: The Strasbourg Court vis-à-vis the EU Principle of Mutual Trust. *European Constitutional Law Review*, 20, 392-423.
- Petersman, E.U. (2003). Human Rights and Liberalisation of Markets: The Social Responsibility of International Organisations to Make Market Competition and Social Rights Mutually Consistent. *Trends in Social Cohesion*, 6, 61-76.
- Petersman, E.U. (2003). Theories of Justice, human rights, and the constitution of international markets. *Loyola of Los Angeles Law Review*, 407-460.
- Pleyers, G. (2017) Entre las redes sociales y las plazas. En B. Bringel y G. Pleyers, (Eds.) *Protesta e indignación social*. Buenos Aires: CLACSO 37-45.
- Poster, M. (2006) *Information please: culture and Politics in the Age of Digital Machines*. Londres: Duke University Press.

- Rawls, J (1979). *Teoría de la justicia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica
- Rosino Calle, R. (2021) *El irreductible juicio de unidad del mercado nacional. Un enfoque multiniveles*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.
- Scott Marcus, J. (2024). *Digital aspects of the EU Single Market: Still an incomplete work in progress?* Bruselas: Centre for European Policy Studies. Disponible en: [https://cdn.ceps.eu/wp-content/uploads/2024/04/2FAajR4z-CEPS-InDepthAnalysis-2024-06\\_EU-Single-Mkt-digital.pdf](https://cdn.ceps.eu/wp-content/uploads/2024/04/2FAajR4z-CEPS-InDepthAnalysis-2024-06_EU-Single-Mkt-digital.pdf)
- Solove, D. (2004). *The digital person: Technology and Privacy in the Information Age*. Nueva York: New York University Press.
- Streinz, T. (2021) The Evolution of European Data Law. En P. Craig y G. de Búrca (Eds.) *The Evolution of EU Law*. Nueva York: Oxford University Press, 902-936.
- Trstenjak, V. y E Beysen, E. (2013). The growing overlap of fundamental freedoms and fundamental rights in the case-law of the CJEU. *European Law Review*, 38, 293-315.
- Vives, X (2024). *La competencia en los mercados digitales*. Documentos de trabajo (FEDEA), 1, 1-32.
- Waldron, J. (1993). A Right-Based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal Legal Studies*, 13, 18-51.
- Weiler, J. (1999). Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: On the Conflict of Standards and Values in the Protection of Human Rights in the European Legal Space. En J. Weiler (Ed.) *The Constitution of Europe: 'Do the New Clothes Have an Emperor?' and Other Essays on European Integration* (pp. 102-129). Cambridge University Press.
- Wenar, L. (2005) The Value of Rights. En J. Keim Campbell, y M. O'Rourke (Eds.). *Law and Social Justice*. Cambridge: MIT Press, 179-209