

LA CONSTITUCIÓN DEL ALGORITMO

*Por Francisco Balaguer Callejón
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Granada*

El mundo digital es un territorio inexplorado y difícil para la constitución. No sólo porque el formato ha cambiado y sus pistas de lectura ya no se adaptan a nuestro equipamiento conceptual previo, sino porque los factores de poder del mundo digital no se ajustan a las previsiones constitucionales. Por diversos motivos “la constitución del algoritmo” (entendida esta expresión en el doble sentido de constitucionalizar el algoritmo y de digitalizar la constitución) tendrá que partir de nuevas bases si quiere controlar esos factores de poder.

La constitución regula un mundo que no existe ya en parte o es socialmente irrelevante, especialmente en relación con los nativos digitales. Algunos de los preceptos constitucionales que afectan a los ámbitos en los que se desarrolla hoy la vida son una reliquia. No porque las normas que contienen no deban ser preservadas y garantizada su eficacia sino porque, en el mundo digital, el poder estatal que la constitución regula se ve incapaz de hacerlo.

El problema no es solo que la constitución se dirija a una parte de la realidad que ya prácticamente no existe (la analógica) sino que no regule la realidad que se ha impuesto y que configura un nuevo tipo de sociedad que vive en un mundo digital. Algo que, naturalmente, no tiene que ver solamente con la transformación de los derechos fundamentales establecidos en la constitución sino también con la aparición de nuevos derechos que deben ser regulados para poder ofrecer condiciones de seguridad jurídica y de protección frente a los agentes globales que en la actualidad los lesionan de manera masiva.

En la sociedad digital ocupa un lugar esencial el algoritmo, como instrumento de configuración de la nueva realidad que se expande por el mundo físico y el virtual. A través del algoritmo se procesan datos para ordenar la realidad. En ocasiones esa ordenación se realiza directamente, sobre soportes físicos. En estos casos, los problemas jurídicos que puedan plantearse suelen tener que

ver con la actividad misma, no con la regulación previa que realiza el algoritmo, que no tiene una configuración normativa, sino que expresa una actuación del procesador informático previamente definida por seres humanos. Si en esa definición se incorporan instrucciones inadecuadas que provocan daños, la responsabilidad será de quiénes han diseñado esas instrucciones.

Cuestión diferente es la de los algoritmos que tienen una configuración normativa y que se mueven dentro del esquema de las fuentes del derecho, por insertarse en procesos decisionales públicos o condicionar regulaciones que afectan a los derechos constitucionales. En estos casos es necesario plantearse la dimensión constitucional del algoritmo en una doble perspectiva. Por un lado, en relación con *el sistema de fuentes del derecho* y con la necesidad de preservar los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, que no permiten dejar ámbitos de regulación que afecten a derechos fuera del circuito representativo de la democracia pluralista.

Por otro lado, la dimensión constitucional del algoritmo debe abordarse también en relación con *el sistema de derechos constitucionales*, que no puede renunciar a la garantía de los derechos en virtud de que su lesión se produzca a través de procedimientos informáticos mediante algoritmos. El algoritmo no deja de ser un instrumento destinado a una finalidad concreta y utilizado para mejorar procesos y obtener rendimientos de diversa naturaleza (aunque en última instancia sean esencialmente económicos). Esa finalidad debe ser compatible con la constitución, como también deben serlo los algoritmos que se diseñan para conseguirla.

El cambio civilizatorio que está suponiendo la transformación hacia la sociedad digital deja a la constitución en una posición muy difícil frente a los factores de poder que se están configurando en el nuevo orden global. No se trata solo de nuevas estructuras, procedimientos y técnicas en la sociedad digital, que podemos representar simbólicamente a través del algoritmo, cada vez más presente en nuestras vidas. Se trata también de nuevos paradigmas, de patrones culturales que están cambiando la forma de pensar y los valores que inspiran a nuestras sociedades.

Estas transformaciones no son el producto del azar ni de un mero desarrollo tecnológico al servicio del progreso de las sociedades para contribuir al bienestar general. Por el contrario, se trata de nuevos factores de poder que están generando una destrucción progresiva de la política y un debilitamiento extremo de los valores y los derechos constitucionales. Los algoritmos no se diseñan a sí mismos: incluso dentro del marco del *machine learning* alguien tiene que pensar para qué van a servir además de para cumplir su finalidad última, que es generalmente la de reportar beneficios económicos.

La creciente incompatibilidad entre la constitución y los algoritmos no es una cuestión técnica, sino una construcción ideológica compleja que genera narrativas destinadas a promover un mayor beneficio para los grandes agentes globales de nuestra época. Reconstruir el orden requiere una “constitución del algoritmo” en el sentido no sólo de una digitalización de la constitución, sino también de una constitucionalización de la tecnología, inteligencia artificial incluida, que la ponga al servicio de la sociedad y controle los intereses económicos de las grandes compañías.

Esa constitución del algoritmo tendrá que reconfigurar la posición que los nuevos procedimientos deben tener en el sistema de las fuentes del derecho. Igualmente deberá reordenar el entero sistema de los derechos fundamentales para establecer una conexión directa entre los derechos constitucionales y las nuevas técnicas digitales. De ese modo se podrá evitar que los derechos fundamentales se vulneren masivamente o se conviertan en un mero accesorio de los derechos vinculados al mercado. El algoritmo no puede ser un título habilitante para la lesión masiva de los derechos. La constitución no puede seguir de espaldas a una realidad como la del mundo digital, en la que se desenvuelve ya una gran parte de la actividad económica y de la vida de las personas.