fundación
Manuel Giménez Abad
de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

REALIDAD HÍBRIDA Y CULTURA JURÍDICA: EL DERECHO EN EL PAÍS DE LOS ALGORITMOS

Francisco Balaguer Callejón
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Granada

La realidad híbrida está cada vez más presente en nuestras sociedades y en nuestros sistemas jurídicos. La realidad digital se ha ido ampliando, comprimiendo la realidad física o proyectándose progresivamente sobre esa realidad física. Nuevas pautas culturales y nuevos paradigmas se están desarrollando en un proceso de digitalización de la vida que parece no tener fin. Cada día se incorporan nuevos sectores a ese proceso, ocupando ámbitos que antes se movían exclusivamente dentro de una realidad física y que ahora forman parte de una realidad virtual. La digitalización y el mundo híbrido que está generando ofrecen muchas vertientes que deben ser analizadas desde una perspectiva jurídica. El Derecho se encuentra en un país en parte extraño a su lógica y debe ser consciente de los desajustes, de la falta de correspondencia que existe entre la cultura jurídica y la nueva cultura digital.

Es necesario analizar, por tanto, en qué medida la realidad híbrida puede ser compatible con la cultura jurídica que conocemos, con la cultura jurídica que hemos desarrollado en los Estados democráticos, en los Estados de derecho. Un análisis que debe extenderse a todas sus vertientes: a los derechos fundamentales, a la democracia, a la configuración del ordenamiento jurídico y a los procesos políticos y jurídicos que ordenan el pluralismo, principio vertebrador de la democracia constitucional. Un análisis que debe tener en cuenta también la relación dialéctica entre las dos facetas de esa nueva realidad: la física y la digital. Es justamente esa interacción la que resulta más interesante desde el punto de vista científico, no sólo por el contraste entre ambas sino también por el modo en que la relación entre ellas puede condicionar el desarrollo de cada una y la configuración de la realidad híbrida que vamos a tener en el futuro.

Palacio de la Aljafería – Calle de los Diputados, s/n– 50004 ZARAGOZA Teléfono 976 28 97 15
fundacion@fundacionmgimenezabad.es www.fundacionmgimenezabad.es

Desde esa perspectiva, podemos apreciar de partida una diferencia esencial entre ambas realidades, desde un punto de vista jurídico, que nos interesa especialmente. A riesgo de simplificar, se puede expresar del modo siguiente: la realidad física es una realidad estatal y sometida al derecho público, mientras que la digital es una realidad global y sometida al derecho privado. De manera que ya tenemos aquí dos asimetrías muy relevantes porque estamos hablando de dos realidades que no solamente son diferentes en lo que se refiere a su naturaleza. En efecto, el mundo virtual no se limita a reflejar una imagen especular del mundo físico, sino que, debido a la distinta configuración de los factores de poder en cada uno de esos mundos, le otorga una configuración propia, distorsionándolo y reordenándolo en función, entre otras cosas, de los intereses de las compañías tecnológicas que están configurando ese mundo virtual.

La realidad digital no se limita a reflejar la realidad física, sino que la transforma, de tal manera que la cultura jurídica, los derechos fundamentales, la idea de democracia, el Estado de derecho y la propia configuración del ordenamiento jurídico, adquieren una dimensión diferente. El mundo híbrido hacia el que caminamos genera una realidad fragmentada, la física y la digital, lo que en sí mismo podría no ser un problema si los principios en los que se basa la realidad digital, la cultura jurídica en la que se basa la realidad digital fuera la misma que la que inspira a la realidad física. Es decir, el problema no se plantearía si la regulación de la realidad digital, aun siendo global y basada en el derecho privado, se basara en principios y valores coherentes con los que se han establecido en la cultura jurídica tradicional, en la realidad física, en las constituciones “analógicas”. En ese caso estaríamos ante vertientes que proyectan una misma cultura jurídica y entonces el derecho “en el país de los algoritmos” sería algo razonablemente aceptable porque estaríamos dentro de una realidad homogénea el punto de vista de la cultura jurídica.

Sin embargo, ocurre todo lo contrario, el país de los algoritmos actualmente no es país para juristas porque la realidad digital se inspira en principios muy diferentes de los que han fundamentado hasta ahora nuestra cultura jurídica y específicamente nuestra cultura constitucional. Esto lo podemos comprobar con algún ejemplo que nos evidencia la diferente posición que unos mismos hechos pueden tener en el mundo físico y en el virtual en relación con los

Palacio de la Aljafería – Calle de los Diputados, s/n– 50004 ZARAGOZA Teléfono 976 28 97 15
fundacion@fundacionmgimenezabad.es www.fundacionmgimenezabad.es

derechos fundamentales y con los principios constitucionales. Datos que en el mundo físico podrían dar lugar al procesamiento de determinadas personas y a la respuesta penal del Estado ante la comisión de delitos, en el mundo virtual pueden ser utilizados simplemente para ofrecer publicidad a los delincuentes. Esto se debe a que las compañías tecnológicas han diseñado la realidad virtual en función de intereses puramente económicos. Hay que recordar que los ingresos de Facebook, por ejemplo, proceden en un 98% de la publicidad y el rendimiento económico es lo que orienta la configuración de sus algoritmos.

Esos algoritmos son fríos e inhumanos, pero debemos recordar que quienes los crean no son máquinas a las que no se le puede pedir responsabilidad, sino personas a las que no les preocupan los daños que provoquen en la realidad física. Algunos de los desajustes de la nueva realidad híbrida tienen que ver con la configuración específica del proceso de digitalización tal y como ha sido impulsado por las grandes compañías tecnológicas, en función de sus intereses económicos. La creación de ecosistemas digitales regidos por algoritmos que están ordenados a generar mayor atención del público y una utilización constante de las aplicaciones de internet no es una exigencia derivada del proceso de digitalización, podría ser de otro modo. Pero la realidad digital que se desarrolla en esos ecosistemas choca frontalmente con algunas de las características esenciales de la cultura jurídica que conocemos, poniendo en cuestión la eficacia del sistema jurídico para el desarrollo de sus funciones.

Otros desajustes proceden del impacto inevitable de la digitalización en el mundo jurídico. No parecen ser cuestiones coyunturales, sino derivadas de exigencias estructurales del desarrollo digital, en el contexto de la globalización y de la funcionalidad que puede tener la digitalización para la realización de los fines esenciales del Derecho. La incorporación de los algoritmos al mundo jurídico, por ejemplo, tiene una vertiente claramente positiva en la agilización de procesos orientados a la realización de las funciones del Derecho, incluidas aquellas que están destinadas a garantizar los derechos fundamentales y a asegurar su plena realización. Pero la cultura jurídica puede verse sometida también a una tensión derivada de la necesidad de preservar los derechos y los principios constitucionales en el proceso de digitalización.

Palacio de la Aljafería – Calle de los Diputados, s/n– 50004 ZARAGOZA Teléfono 976 28 97 15
fundacion@fundacionmgimenezabad.es www.fundacionmgimenezabad.es

En general, no puede dejar de señalarse la existencia de una cierta incompatibilidad lógica entre los algoritmos y la vertiente procesal del derecho, como proceso público, plural y participativo. Esa vertiente procesal es especialmente relevante en la configuración del sistema de fuentes, que debe responder a criterios formales de participación, en sus distintos niveles, que reflejen el pluralismo social y político. Pero también lo es en la actividad de la administración o en la jurisdiccional: en el debate interno en los órganos colegiados, en la diversidad de instancias, en institutos tales como el voto particular, en la necesidad de motivación. Todas estas condiciones formales definen procesos que no pueden ser sustituidos por los algoritmos sin afectar a los principios constitucionales.

Una de las dificultades que se plantean para la cultura jurídica en el mundo digital tiene que ver con la tensión que los ecosistemas diseñados por las compañías tecnológicas están generando en torno a la realidad. A diferencia de los medios de comunicación de masas, que contribuyen a la *construcción* social de la realidad en contextos democráticos, los nuevos ecosistemas digitales están promoviendo la "destrucción" de la realidad, esto es, de una percepción social compartida de la realidad. Al basarse en un interés exclusivamente económico, no tienen un interés específico en construir la realidad con un discurso propio, a partir de una ideología específica. Se limitan a darle mayor relevancia, a través de sus algoritmos, a aquellos discursos que pueden generar más conflicto y provocar una mayor atención del público. La realidad digital contribuye así, en esos ecosistemas, a debilitar el orden común de valores que está en la base de la cultura jurídica.

Si el Derecho no puede cumplir adecuadamente su función de pacificación social en el país de los algoritmos, lo mismo se puede decir de otra de sus grandes funciones históricas: la promoción de la seguridad jurídica. La seguridad jurídica es la base de la existencia misma del Derecho. Pero la seguridad jurídica es un principio que se realiza básicamente en el seno de los sistemas jurídicos nacionales porque requiere de una ordenación que equilibre los rasgos esenciales de esos sistemas: unidad, coherencia y plenitud. Como la mayor parte de las reglas que rigen la realidad virtual son establecidas por agentes globales en una posición de predominio sobre las personas a las que van dirigidas, la capacidad del Derecho para garantizar la seguridad jurídica se

Palacio de la Aljafería – Calle de los Diputados, s/n– 50004 ZARAGOZA Teléfono 976 28 97 15
fundacion@fundacionmgimenezabad.es www.fundacionmgimenezabad.es

ve muy reducida.

Desde esa perspectiva, no podemos dejar de constatar que la nueva realidad híbrida está básicamente regulada, en su vertiente digital, por meras cláusulas contractuales que se sitúan en gran medida fuera del sistema jurídico estatal y que se mueven dentro de la esfera del derecho privado. La ampliación del espacio público de tutela de los derechos de la persona, que ha sido una de las conquistas esenciales de la cultura jurídica de nuestro tiempo, se ve ahora limitada (incluso en el nivel supranacional) por la configuración de un mundo híbrido en el que la vertiente virtual es, en gran medida, una esfera libre de derecho.

Además de estas distorsiones de la cultura jurídica que se están produciendo en el ámbito de actuación de las grandes compañías tecnológicas, hay otros problemas que se le presentan al mundo jurídico en su apertura a la realidad digital. Algunos son formales o procesales y tienen que ver con el Estado de Derecho en lo que se refiere a su vertiente específica de legalidad de la administración, de participación ciudadana y de articulación del pluralismo en procesos en los que ahora existe una intervención cada vez más amplia de procedimientos algorítmicos. Otros tienen que ver con principios y derechos sustantivos, como los derivados de las transformaciones de los derechos fundamentales en el contexto de la globalización y la digitalización. Es el caso, por ejemplo, de la configuración de la protección de los consumidores y de los datos personales como derechos a través de los cuales se canalizan otros derechos fundamentales ahora desprovistos, sin embargo, de su vinculación a la dignidad de la persona, en cuanto aplicados como meros derechos instrumentales al tráfico económico. El país de los algoritmos es también, en gran medida, la tierra sin ley de la globalización, cuyas claves el Derecho todavía no alcanza a comprender.

Palacio de la Aljafería – Calle de los Diputados, s/n– 50004 ZARAGOZA Teléfono 976 28 97 15
fundacion@fundacionmgimenezabad.es www.fundacionmgimenezabad.es