

PRESENTACIÓN

La inteligencia artificial está propiciando una transformación de alcance civilizatorio, un cambio de época que se manifiesta en todos los ámbitos de la vida. Nuevas pautas culturales y nuevos paradigmas se están formando y desarrollando cada día en el ámbito social, político y jurídico. La acumulación masiva de datos que son procesados por algoritmos está generando una nueva economía, modos de comunicación diferentes, procesos sociales que rompen con las estructuras tradicionales, cambios sustantivos en la conducta de las personas, nuevos modos de ordenar el tiempo y de percibirlo, así como espacios abiertos al nivel global. El desarrollo tecnológico nos ofrece ventajas y mejoras continuas en la salud, la comunicación, la gestión privada y pública, los procesos de decisión y un largo etcétera que tardaríamos mucho en enumerar aquí.

Al mismo tiempo, no podemos desconocer que gran parte de este desarrollo se realiza a impulsos de compañías de alcance global, que plantean desafíos continuos desde la perspectiva del derecho y, específicamente, del derecho constitucional. Que estas compañías diseñen sus aplicaciones de Internet y sus algoritmos en función de un interés económico es comprensible. Sin embargo, ese interés económico debe ser compatible con los principios y valores que inspiran a las sociedades democráticas y que se sintetizan en las constituciones estatales. Esa compatibilidad resulta difícil de garantizar porque estas compañías se sitúan fuera del Estado y de la constitución debido a su dimensión global y al hecho de que ordenen su actividad, en relación con los usuarios de sus servicios, a través del derecho privado.

Uno de los campos de reflexión sobre qué tenemos que hacer para mejorar la ordenación jurídica del mundo digital está justamente en la tradicional división entre derecho público y 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. Cuando se ocupa de manera prácticamente monopolística el espacio público, como ocurre con algunas de estas compañías en sus esferas de actuación, resulta difícil de aceptar que esa regulación se someta exclusivamente al derecho privado y a la libertad contractual.

Pese a todas las dificultades que presenta nuestro trabajo como juristas frente al mundo digital, no dejamos de creer en la fuerza de la constitución y del derecho, y en particular el derecho público para ordenar esta parte de nuestra realidad. Este libro, bajo el título *El Derecho Público de la inteligencia artificial*, es una manifestación de esa convicción profunda en la capacidad del derecho y en la permanencia de los valores y principios que han inspirado el constitucionalismo. La renovación es necesaria, no sólo para garantizar el futuro de la constitución, sino también para hacer posible un presente basado en su aportación civilizatoria, teniendo en cuenta que la vertiente digital crece continuamente sin que seamos conscientes de su auténtica dimensión.

En efecto, la digitalización y especialmente las tecnologías disruptivas con la inteligencia artificial (IA) a la cabeza no sólo son el futuro, sino que están ya aquí. Mucho más en la sombra de lo que percibimos. La IA condiciona nuestra percepción del mundo, determina lo que leemos, oímos y vemos; quién puede ser nuestra pareja o amigos, qué comprar, a qué precio, con quién contratar, qué hacer, cómo divertirnos. Nos evalúa continuamente. Los perfiles que elabora pueden ser decisivos para conseguir trabajo o mantenerlo, o para ser admitido en unos u otros estudios. Ya elige y propone muchos tratamientos médicos o de asistencia social. Los sistemas automatizados también dan la alerta para que nos inspeccionen o directamente proponen una infracción. En buena medida sirven para decidir si nos hacen un registro policial, si vamos preventivamente a la cárcel o si podemos salir de ella por tener elevada peligrosidad. Las grandes decisiones políticas, administrativas y estratégicas están guiadas por estos sistemas algorítmicos.

Se trata de un momento histórico de inflexión para la humanidad. Pero ha de ser para bien. El derecho tiene que proteger el desarrollo de la IA y acompañar e impulsar la innovación, pero con garantías para los principios básicos del sistema constitucional y democrático, las personas y sus derechos. Y el derecho, especialmente el derecho constitucional, encuentra ahí su espacio en este importante momento.

El derecho en general y los académicos en particular no nos hemos quedado indiferentes ante este fenómeno, ni hemos reaccionado especialmente tarde, como suele ser habitual ante el cambio tecnológico. Quienes suscriben esta presentación llevan algunas décadas en la academia y no han visto un fenómeno como el actual: un torrente de publicaciones en torno a la Ética y el Derecho de la IA. Quienes impulsamos y editamos esta obra no podemos criticarlo, dado que somos responsables de no pocas aportaciones para el derecho constitucional en forma de proyectos de investigación, monografías, publicaciones, seminarios y otras actividades. Y si esto sucede en lengua española, el fenómeno se multiplica exponencialmente en otros idiomas, especialmente en inglés. Se hace más que difícil cerrar una investigación habiendo tenido en cuenta los documentos institucionales y las publicaciones fundamentales.

Pues bien, bajo la agravante de reincidencia, pero con orgullo, presentamos una obra colectiva con una selección de autores de lujo en nuestro derecho constitucional digital, si se nos permite la expresión. Ha resultado además una fenomenal experiencia para los dos editores encontrar un espacio de colaboración, con ocasión de la labor proactiva en tantos ámbitos de la Fundación Manuel Giménez Abad con nuestro amigo José Tudela, a quien nuestra disciplina ya tanto debe por una labor continuada de muchos años.

Catorce profesores y profesoras ofrecen doce estudios muy rigurosos de diferentes vertientes de interés. Los hemos agrupado en tres ámbitos del complejo nexo del encaje de los algoritmos y las nuevas tecnologías con el sistema constitucional y sus derechos: *Cultura constitucional y derechos digitales ante la disrupción tecnológica* (Parte I); *Participación y libertades informativas con robots y transparencia y control de los algoritmos públicos* (Parte II) y *Privacidad, investigación biomédica, reconocimiento facial y dinero digital* (Parte III).

Francisco Balaguer Callejón inicia la obra con una aportación sobre “La constitución del algoritmo. El difícil encaje de la constitución analógica en el mundo digital”. Se trata de un texto que tiene su origen en una publicación previa en Brasil en 2021 y que se corresponde con sus intervenciones en dos Jornadas que organizó para la Fundación Manuel Giménez Abad: “La constitución del algoritmo” (15 de abril de 2021) y “Hacia un mundo híbrido: Inteligencia artificial, ética y derecho” (23 de marzo de 2022). La primera llevaba por título “La constitución del algoritmo” y la segunda “Realidad híbrida y cultura jurídica: el Derecho en el país de los algoritmos”.

El texto parte de la constatación de la creciente incompatibilidad entre la constitución y los algoritmos, que no debe considerarse como una cuestión técnica debida al desarrollo tecnológico, sino como el resultado de una construcción ideológica compleja, una narrativa orientada a los intereses económicos de las grandes compañías tecnológicas. Reconstruir el orden perdido por la cultura constitucional requiere una “constitución del algoritmo” en un doble sentido. Por un lado, constitucionalizar la tecnología, inteligencia artificial incluida, para ponerla al servicio de la sociedad. Por otro lado, digitalizar la constitución, adaptándola a los nuevos procesos y a las condiciones de la sociedad digital de nuestro tiempo. Es algo que se debe hacer desde la conciencia de las propias limitaciones de una constitución estatal que no puede pretender abordar los problemas en el ámbito en el que pueden resolverse de una manera más efectiva, que es necesariamente global por las dimensiones de las grandes compañías tecnológicas. Pero la constitución no puede renunciar al legado civilizatorio que ha recibido y que debe transmitir a las generaciones futuras. El esfuerzo para diferenciar entre las características estructurales del desarrollo tecnológico y la configuración derivada de los diseños que realizan las compañías tecnológicas en función de su modelo de negocio, forma parte de la reflexión que debe inspirar el proceso constituyente digital.

Aportar soluciones que hagan posible resolver la tensión entre el mundo digital y la democracia, los derechos fundamentales y la propia constitución es una de las tareas urgentes que tiene actualmente la ciencia jurídica. Digitalizar la constitución es un proceso que debe ir unido al de constitucionalizar los algoritmos y la realidad virtual. Estamos frente a un mundo híbrido, una realidad dividida en la que sus dos vertientes interaccionan entre sí. La constitución no puede ser ajena a ninguna de ellas y debe experimentar

una profunda transformación que haga posible su incorporación al mundo digital. No se trata simplemente de añadir nuevos preceptos a la “constitución analógica” sino de asumir los profundos cambios que la realidad digital supone para la propia constitución.

Ana Aba Catoira es otra experta de no menos de una década en el ámbito de los ahora llamados derechos digitales. En su estudio se asientan los elementos de la Ética y del Derecho para abordar la realidad digital, el papel fundamental de las instituciones ante estos fenómenos y las garantías. Retoma la autora el siempre olvidado artículo 18. 4º CE del que no se ha extraído el *jugo* que permitía con su mandato constitucional de protección frente a la informática. Sobre esta base se apunta el papel que deben desarrollar los próximos años los derechos digitales, como derechos fundamentales y las garantías que, por ello, les son inherentes.

Idoia Salazar lidera en España la asociación más importante sobre el impacto ético y social de la IA (OdiseIA). Es la única no jurista en la obra, precisamente para asentar el punto de vista de la llamada Ética de la IA, el diseño ético por el que apuesta la UE para no discriminar ni lesionar derechos. El punto de partida acertado no es el de los –muchos– riesgos, sino el de las también muchas ventajas y oportunidades que aportan las tecnologías disruptivas. Sobre esta base, sí que se afrontan los riesgos específicos por la falta de explicabilidad, dificultades de responsabilidad, pérdida de empleos y prestaciones sociales, la falta de humanidad y trato interpersonal y otros. A partir de ahí se expone la situación internacional y nacional, bien por la ENIA como la Carta de Derechos Digitales y la normativa que se avecina. Se van a concretar toda una serie de principios éticos de la IA, ya muy consolidados internacionalmente. Los mismos van a hacerse *cuero* jurídico y van a contar con instituciones nuevas –y ya existentes– para su garantía.

Pere Simón atesora ya varios libros y publicaciones, siendo referencia en dos décadas en Derecho digital. De modo atrevido, pero con gran fundamentación, propone una teoría general de las garantías jurídicas para una IA confiable. Con acierto parte de la insuficiencia de las normas sectoriales y la necesidad de un enfoque de riesgo. No hay que distraerse en una falsa y costosa transparencia algorítmica, sino en la posibilidad de recurrir y defenderse frente a una decisión algorítmica, que sin duda es la clave. A partir del enfoque

de riesgo propuesto por la UE, propone una sistematización de las garantías de los sistemas de IA, tanto desde la transparencia y explicabilidad, como de la seguridad, control humano y el acompañamiento de las garantías institucionales.

La segunda parte de la obra se abre con un estudio sobre el también complejo nexo de la participación y la IA a cargo de José Antonio Montilla. De nuevo, se advierten las oportunidades para la democracia que podrían implicar las tecnologías disruptivas, pero también, los muy importantes riesgos para el derecho de participación política, vinculados igualmente con la privacidad y la protección de datos. Afirma diversas líneas de actuación para afrontar estos riesgos. El objetivo es lograr el control humano y la neutralidad de la IA a través de estructuras y procedimientos de control. Advierte que no basta con modificar la legislación electoral, ni la autorregulación es suficiente, sino que deben ser medidas adoptadas a nivel global o al menos a nivel europeo que alcancen a los actores privados, como ya se da con los reglamentos de protección de datos, de IA, así como el próximo sobre publicidad electoral en plataformas. De hecho, esta es la clara línea de la UE.

Este bloque también incluye dos trabajos de otros dos reconocidos expertos que en las últimas décadas concentran los mejores estudios en España sobre libertades informativas y nuevas tecnologías. En primer lugar, Germán M. Teruel da un paso más sobre sus anteriores aportaciones sobre libertad de expresión, censura y pluralismo en las redes sociales, para centrarse en el fenómeno algorítmico. El punto de partida del fatídico 6 de enero de 2021 en el Capitolio de EE.UU. Ello le sirve para señalar el punto de inflexión ante el que nos encontramos y la necesidad de domesticar a los “Señores de Internet”, las grandes plataformas. Se analiza la posición constitucional de las redes sociales, su papel en el acceso, la moderación y selección de contenidos y su régimen de responsabilidad. Se examina la nueva *Digital Service Act* como nuevo paradigma para apuntar las palmarias diferencias con Norteamérica. A falta de comprobar su resultado, esta experiencia corregulatoria en principio puede ser la forma de concertar los muchos intereses, fines y derechos en juego.

Loreto Corredoira, quien ya publicara hace veinte años una primera monografía sobre la libertad en internet, se centra en esta ocasión en el anonimato, transparencia e identificación de fuentes, informantes y robots

en la era del algoritmo. Resulta de extraordinario interés apreciar el cambio de paradigma que se ha dado en fuentes informativas. Apunta que los Estados se demuestran débiles frente a las grandes plataformas, que nos vigilan masivamente, así como frente a los nuevos fenómenos de espionaje y desinformación a gran escala. Se valoran cuestiones específicas como los problemas de transparencia de los mensajes y autores en redes y se apuntan soluciones éticas y jurídicas frente a estos fenómenos.

Andrés Boix y Alba Soriano son referentes tanto en el uso de IA en el sector público como en discriminación algorítmica. Con uno de los coeditores de la obra venimos participando no menos de quince años en proyectos, congresos y publicaciones, muchas de ellas ligadas a también a la transparencia. Su estudio se centra en la transparencia y control del uso de la inteligencia artificial por las administraciones públicas. Se analizan los usos de la IA pública y los riesgos que se generan, Andrés Boix vuelve sobre su tesis de que los algoritmos deben ser tratados como reglamentos, en nuestro caso, para conferir así garantías jurídicas de publicidad y control. A partir de la valoración del deficiente régimen normativo actual, se efectúan propuestas de interés para la mejora del control de los algoritmos públicos.

El tercer y último bloque del libro, se dedica a la privacidad, investigación biomédica, reconocimiento facial y moneda digital. Como es sabido la privacidad y la protección de datos han atraído el tratamiento jurídico de las nuevas tecnologías. En buena medida, por la falta de otra regulación concreta. Mónica Arenas es posiblemente la mujer que en España más ha investigado en esta materia. En esta ocasión trabaja juntamente con David Díaz Lima y su valiosa contribución a la obra se centra en la privacidad y derechos digitales, con el punto de partida de la dignidad. Lejos de una afirmación retórica implica un deber de protección efectiva que ha de alcanzar diversos órdenes jurídicos. Los principios de la protección de datos siguen siendo los pilares fundamentales en los que basar buena parte del régimen jurídico. Los autores, lejos de la proclamación de nuevos derechos, analizando los de la Carta, apuestan por la concreción de nuevas garantías que refuercen los clásicos principios, bajo el modelo del diseño, el estudio de impacto y otras. Y todo ello pasa por tener en cuenta a los gigantes tecnológicos y su papel en la transformación digital. La DSA y otras normas recientes de mercado digital en la UE son un buen ejemplo de ello.

Joaquín Sarrión atesora decenas de publicaciones del ámbito digital desde hace años y también se ha hecho merecidamente un nombre muy relevante en la disciplina. En esta obra se adentra en el marco jurídico para el tratamiento de datos personales para la investigación biomédica en España. Un tema de extraordinaria complejidad y con un principio *pro investigatione*. Se examina la regulación y se hacen propuestas interpretativas y de mejora normativa sobre análisis genéticos, la obtención y uso de muestras biológicas, biobancos y el procesamiento o tratamiento de datos con fines de investigación científica.

Otro de los coordinadores, Lorenzo Cotino, ha centrado su estudio en el reconocimiento facial automatizado y los sistemas de identificación biométrica, todo ello bajo la muy compleja superposición de la regulación actual de protección de datos, diversos derechos fundamentales y, también, el futuro Reglamento de IA. Se explican estas tecnologías, como el reconocimiento facial. Se subraya que no se trata de una tecnología más, sino que impacta rotundamente en los principios y valores constitucionales y democráticos y en todos los derechos fundamentales. Se analiza la teórica prohibición general de estos sistemas de identificación biométrica en los diversos regímenes jurídicos, para concluir que la prohibición se queda en un beneplácito, sometido a los requisitos de cierta excepcionalidad y legalidad. Y, lamentablemente esta posibilidad de uso se refuerza aparentemente sin límites con las exclusiones de aplicación de la normativa de identificación biométrica por razones de seguridad y defensa. Pese a la regulación europea, se trata de una cuestión que queda en la arena nacional y la regulación en España es del todo mejorable.

Cierra la obra otro estudio de enorme interés, el de Miguel J. Arjona sobre un tema que normalmente nos resulta más desconocido y lejano, pero que nadie duda de su capital importancia: las monedas digitales. Los retos que supone el dinero digital para el Estado constitucional son claros. Y son muy escasas las aportaciones hasta ahora, de ahí el especial valor de su trabajo. El autor explica los conceptos para centrarse en las criptomonedas, activos ajenos al sistema financiero tradicional, explica las CBDC, su carácter disruptivo y la situación en Europa.

Pese a la enorme oferta editorial actual sobre estas temáticas, no le quepa duda al lector que se encuentra ante una aportación de referencia para el derecho y el derecho público y constitucional que bien merece la pena, para entender

mejor, o al menos, plantear mejor dudas y reflexiones sobre la IA. Quienes editamos este libro estamos convencidos de ello.

Resulta imprescindible, por último, mencionar los proyectos en el marco de los cuales esta obra ha llegado a buen puerto. Así, cabe mencionar los proyectos del Ministerio de Ciencia e Innovación, “Derechos y garantías frente a las decisiones automatizadas en entornos de inteligencia artificial, IoT, big data y robótica” (PID2019-108710RB-I00, 2020-2022), Proyecto Retos MICINN (PID2022-136439OB-I00). Igualmente, proyectos “Transición digital de las Administraciones públicas e inteligencia artificial” (TED2021-132191B-I00) y “Algorithmic Decisions and the Law: Opening the Black Box” (TED2021-131472A-I00), del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Y en el ámbito valenciano el proyecto de excelencia “Algorithmic law”, Prometeo/2021/009, 2021-24 y el proyecto de investigación de grupos emergentes CIGE/2021/123 “Garantías, límites constitucionales y perspectiva ética ante la transformación digital: Big data, inteligencia artificial y robótica”, ambos de la Conselleria de Innovación, Universidad, Ciencia y Sociedad Digital de la Generalitat Valenciana. Igualmente, el Proyecto del Ministerio de Economía y Competitividad “La configuración del espacio público en las redes sociales y su incidencia sobre la democracia pluralista y la constitución” PID2019-106118GB I00/ AEI / 10.13039/501100011033 (Universidad de Granada) y el Proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación “BioVigilancia mediante Inteligencia Artificial en la era post COVID: los derechos fundamentales ante las tecnologías biométricas”. TED2021-129975B-C21 (Universidad del País Vasco/Universidad de Granada).

Francisco Balaguer Callejón

Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Granada y

Catedrático Jean Monnet ad personam de Derecho Constitucional Europeo y Globalización

Lorenzo Cotino Hueso

Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Valencia,

Director de Regulación y Derechos de OdiseIA

Granada y Valencia, noviembre de 2022