

HURI-AGE

Red Tiempo de los Derechos



Papeles el tiempo de los derechos

EL CONSTITUCIONALISMO DIGITAL: ¿PARADIGMA, RETO O NECESIDAD?

Amir Al Hasani Maturano

Universidad de las Islas Baleares

Palabras Clave: Inteligencia Artificial, Constitucionalismo Digital, Derechos Fundamentales.

Key Words: Artificial Intelligence, Digital Constitutionalism, Fundamental Rights.

Número: 25

Año: 2023

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)
Isabel Garrido (Universidad de Alcalá)
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)
Eduardo Ruiz Vieytez (Universidad de Deusto)
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)

EL CONSTITUCIONALISMO DIGITAL: ¿PARADIGMA, RETO O NECESIDAD?¹

Amir Al Hasani Maturano

Profesor ayudante doctor de derecho constitucional
Universidad de las Islas Baleares

Sumario:

1. INTRODUCCIÓN: LA INCIDENCIA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO
2. ¿HAY UN DESAFÍO A LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?
3. LA SOCIEDAD DIGITAL COMO PARADIGMA AL CONSTITUCIONALISMO

El constitucionalismo digital: ¿paradigma, reto o necesidad?

1. Introducción: la incidencia de la inteligencia artificial en el Estado social y democrático de derecho

La Inteligencia Artificial (IA) se halla presente en numerosos acontecimientos de la vida cotidiana. Tanto que, como analizamos, conlleva riesgos en los derechos fundamentales de los ciudadanos, a pesar de las numerosas ventajas en el conjunto de la sociedad.

Como cualquier otra revolución al largo de la historia, la digital facilita una mejora de los procesos en *pro* a la economía y, en global un avance social (salud, tecnología, seguridad, etc.).

Con todo, nos lleva a los juristas -no en exclusiva- a plantearnos diversos interrogantes y soluciones antes los retos que plantea esta revolución digital. Por encima de todo, respecto a la protección de los derechos fundamentales “y a la determinación de aquellos principios éticos que deben primar ante el uso de estas tecnologías”².

Su importancia, entre otras acciones, por ejemplo, ha llevado a la Agencia Europea de Derechos Fundamentales de la UE la realización de un informe que aborda algunas implicaciones de la IA.

Tengamos presente que los valores esenciales que presiden en la mayoría de democracias, como son la dignidad de la persona, la libertad y la igualdad no pueden divisarse *atacados*. Por ello, nuestro presente -revolución *big data*- como resultado de reorganizaciones e invenciones, requiere un cambio de paradigma³.

Con probabilidad, lo primero que nos preguntamos de cara a ofrecer respuestas: ¿qué es la IA y cuáles son sus características?

De inicio, resulta complejo la determinación de un concepto unívoco del mismo, por el cual se determine su ámbito de actuación y las características que definan el mismo. Una de las

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco de las iniciales investigaciones en el Grupo de Investigación: Inteligencia Artificial y derecho: análisis de la responsabilidad de los daños derivados del uso de sistemas de inteligencia artificial (PID2022-140944OA-109 financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER UE). Asimismo, la comunicación se presentó en el VIII Congreso Internacional “El tiempo de los Derechos” en la Universidad de Deusto.

² Ester Sánchez, A.T.: El desafío de la Inteligencia Artificial a la vigencia de los derechos fundamentales, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº48, 2023, p. 112.

³ La autora considera que el paradigma lógico-deductivo da paso a un enfoque estadístico. Vid. Amato Mangiameli, A.C.: Intelligenza artificiale, big data e nuovi diritti, *Rivista italiana di informatica e diritto*, 4, 1, 2022, pp. 93-101.

cuestiones que más trascendencia comprende es el almacenamiento masivo de datos. Esto es, la IA como comportamiento inteligente observado desde la ingeniería informática permite almacenar, procesar y analizar de forma óptima datos masivos. Aunque no será la única cuestión problemática. Ya que, la IA imita la capacidad cerebral y el lenguaje de las personas⁴.

La IA avanza a una velocidad puntera, de ahí que se requiere no solo un marco normativo, sino unos principios éticos⁵ en el uso de la misma. El *laissez faire* regulatorio inicial se ha desbancado por espacios que rige el Derecho.

Entre otros, el profesor Llano Alonso ha expuesto como este paradigma transhumanista de la era digital requiere un conocimiento cultural y académico de sus implicaciones ético-jurídicas⁶. En concreto, las tecnologías emergentes como la de la informática y la comunicación han constatado una metamorfosis de lo que se conocía hasta día de hoy. La automatización y la estandarización⁷ desarrollada por esta innovación tecnológica lleva una reflexión seria ante estos retos que suscita la IA. Una comprensión de la realidad en sus múltiples dimensiones.

2. ¿Hay un desafío a la vigencia de los derechos fundamentales?

Tal como apunta Llano Alonso, la revolución digital “puede contribuir a someter a la libertad de los seres humanos, empobrecer su vida interior, atacar su inviolabilidad e intangibilidad, e incluso atentar contra la dignidad humana y la sacralidad de la persona, entendida como sujeto moral”⁸. Evidente, que da lugar a muchas oportunidades o ventajas para muchos ámbitos, aunque también, amenazas⁹, como la pérdida del control masivo de datos personales.

Como avanzamos en el punto anterior, los efectos benéficos de la IA conllevan riesgos en su integración en la vida social. De ahí, que se debe abordar su incidencia en pilares esenciales de nuestra organización jurídico-política como son los derechos fundamentales¹⁰. No tan solo como limitadores de la actuación del poder, sino la posible afectación a la dignidad humana¹¹. En esa línea, Balaguer Callejón, a lo que la llama la dimensión constitucional del algoritmo, sugiere no renunciar a la garantía de los derechos, aunque su lesión se produzca a través de procedimientos informáticos mediante algoritmos¹².

⁴ “Aunque el pensamiento digital tenga una estructura binaria, y aunque, el <código> del sistema jurídico sea binario (válido-ínválido), los asuntos que tratan no suelen ser ni blancos ni negros. El pensamiento jurídico es un mundo de *matices*”. En Martínez García, J.L.: Inteligencia y derechos humanos en la sociedad digital, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm.40, 2019, p. 170.

⁵ “Para generar la confianza de la ciudadanía en los sistemas de IA deben garantizarse determinados aspectos esenciales como es la igualdad, la protección de las personas y la obligación de rendición de cuentas, cuestiones necesarias para velar por la transparencia y el buen funcionamiento de los distintos avances tecnológicos y mantener el carácter éticos de las medidas que se adopten”. En Ester Sánchez, A.T.: *op.cit.*, p. 127.

⁶ “En esta nueva era biotecnológica y digital se está sustituyendo el paradigma humanista – que considera al individuo como un fin en sí mismo y defiende la sacralidad de la condición humana y la dignidad de las personas como sujetos morales- por el paradigma posthumanista que, en su versión más utilitarista, propone la superación de los límites naturales por medios artificiales en aras de la perfección orgánica e intelectual de la especie humana”. En Llano Alonso, F.H.: El derecho ante el nuevo paradigma transhumanista de la era digital, *Revista Jurídica de Asturias*, nº45, 2022, p. 41.

⁷ Aboga por el estudio de las disciplinas jurídicas en sentido humanístico. En Llano Alonso, F.H.: *op.cit.*, p. 48.

⁸ Llano Alonso, F.H.: *op.cit.*, p. 51.

⁹ El autor subraya la importancia de la certeza y las dudas al respecto en la lógica del funcionamiento en el replazamiento por máquinas. En Luciani, M.: Libertà di ricerca e intelligenza artificiale La sfida dell’intelligenza artificiale, AIC, 12-2023. <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/12-2023-liberta-di-ricerca-e-intelligenza-artificiale/la-sfida-dell-intelligenza-artificiale>

¹⁰ Vid. amplio estudio. De Asís Roig, R.: *Derechos y tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2022.

¹¹ Menciona que la afectación procede también de actores privados que actúan en el ámbito público. En Montilla Martos, J.A.: Inteligencia Artificial y Derechos políticos, *Blog Fundación Giménez Abad* (Congreso), 23 marzo de 2022.

¹² “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

En cierta medida es una transformación de los paradigmas culturales que conocíamos hasta ahora. Por eso, no solo se requiere un marco normativo adaptado a la IA, sino que en su operatividad se ponga al servicio del bien común y de la sociedad (constitucionalización del algoritmo como alude Balaguer Callejón). Puesto que el carácter de Estado de derecho y democrático y la garantía de Estado social permea¹³ la IA.

Cierto, como apunta Cotino Hueso, “la valoración al derecho afectado debe recalibrarse y efectuarse bajo una visión de conjunto en razón del riesgo no solo para un individuo, sino para millones de ellos”¹⁴. Esto es, hay que iniciar pasos en el no habitual principio de responsabilidad ante los riesgos, lo que conlleva un replanteamiento de los derechos subjetivos como tal, además de la dimensión positiva de los derechos. De modo similar, Presno Linera estima que se añade una vertiente objetiva del derecho, afectada por la progresiva generalización de la IA. Por ende, la “dimensión objetiva se ve potenciada, además, cuando están en juego bienes tan importantes como la salud y derechos fundamentales de personas o colectivos potencialmente vulnerables”¹⁵ al igual que “se proyecta en las relaciones entre particulares”¹⁶. Así pues, puede afectarse el objeto (el no disponer) de algunos de derechos fundamentales -en esa línea ya apuntaba el Libro blanco de la UE-.

Sin adentrarnos, uno de los problemas que nos suscita interés son los conocidos -como-filtros burbuja. En esencia, la consideración de si son positivos para una esfera pública -deliberativa en términos de Habermas- los servicios de personalización masiva y filtrado de contenidos. Al igual, que la cuestión del uso de algoritmos de censura automatizada. Sin obviar, como las predicciones o propuestas de los algoritmos se basan en elementos de discriminación.

3. La sociedad digital como paradigma al constitucionalismo

La utilización de la IA mejorará, con probabilidad alta, cuestiones cotidianas; incluso quién sabe el funcionamiento de la democracia representativa. Aunque los riesgos que plante son también elevados. Estos efectos negativos, en especial cuando lo que radica será garantizar los derechos fundamentales, fundamentan un control de la IA.

Del inicial artículo del matemático Alan Turing en los años 50, hasta la actualidad, la IA ha evolucionado tan significativamente, integrándose en complejos sistemas de toma de decisiones, por el cual se busca reproducir comportamientos similares humanos. Un sistema que es capaz de procesar datos e información asimilado a un comportamiento inteligente. En particular, lo que aspira es imitar nuestra forma de actuar, incluso pensar. Una automatización de comportamientos inteligentes. Una nueva revolución tecnológica que cambia la realidad previa. Las máquinas pueden interferir en el ámbito de las libertades constitucionales. Principalmente restringen el ejercicio de derechos fundamentales; además de cuestiones éticas. Sin respecto a la protección y promoción de la dignidad humana y los derechos fundamentales, no tienen cabida. Su aspiración instrumental debe ser el bienestar al ser humano y sociedad y no lo opuesto. De ahí, como propone Simoncini¹⁷, lo incomprendible o zonas oscuras de estos sistemas de IA no puede ser la base de violar o ignorar, las normas constitucionales.

servicio de la sociedad y controle los intereses económicos de las grandes compañías”. En Balaguer Callejón, F.: La constitución del algoritmo, *Blog Fundación Giménez Abad* (Jornada), 15 de abril de 2021.

¹³ Vid. Presno Linera, M.A.: Teoría general de los derechos fundamentales e Inteligencia Artificial: una aproximación, *Revista Jurídica de Asturias*, nº 45, 2022, pp. 62-65.

¹⁴ Cotino Hueso, L.: La necesaria actualización de los derechos fundamentales como derechos digitales ante el desarrollo de internet y las nuevas tecnologías. En *Pendás, B (dir.): España Constitucional (1978-2018)*, III tomo, CEPC, Madrid, p.2357.

¹⁵ Presno Linera, M.A.: *op.cit.*, p. 67.

¹⁶ *Ibidem.*, p. 68.

¹⁷ Simoncini, A.: Il linguaggio dell’Intelligenza Artificiale e la tutela costituzionale dei diritti, *Rivista AIC Trimestrale di diritto costituzionale*, Anno 2023/ Fascicolo II, pp. 1-39.

Por ejemplo, los sistemas autónomos con autoaprendizaje cobran independencia de sus creadores. “Así las cosas, estos sistemas autónomos tampoco son ángeles, sino que pueden convertirse también en auténticos demonios”¹⁸.

Un problema social a tener en cuenta viene de los nativos digitales, ya que como afirma Balaguer Callejón, “no existe una clara conciencia de pérdida en relación con derechos tales como la intimidad o el secreto de las comunicaciones”¹⁹.

En otro punto, el centro operativo del *deep learning* de la IA debe ser la inteligencia humana, ya que los derechos fundamentales no son programables, más, si atendemos al cambio social y su evolución. Sin una conciencia crítica²⁰, los derechos fundamentales entrarían en riesgo. En suma, se requiere racionalidad jurídica: una arquitectura institucional que establezca los marcos normativos y una constitucionalización del algoritmo. Ya que el algoritmo no contiene racionalidad comunicativa ni argumentativa.

En la vanguardia se ubica la UE con la creación de un marco específico. Inicialmente, la Comisión Europea ha impulsado una inicial reflexión. De ahí, que en su doble planteamiento se inserte: la excelencia y confianza en la IA. Por un lado, excelencia en relación a financiación y centros innovadores en los Estados miembro. Por otro, la confianza, en el desarrollo de una nueva legislación que se adapte a los riesgos –especialmente en los sistemas de alto riesgo- y que permanezcan bajo el control de las autoridades. Junto a ello, el reto de garantizar unos conjuntos de datos libres de sesgos. Es decir, un ecosistema de confianza y excelencia de la IA necesario para que sea aceptable en su incorporación al desarrollo humano. En resumidas cuentas, no permitir restricciones, ni daños o perjuicios a las personas. Una compatibilidad entre IA y derechos fundamentales²¹.

Además, en esa estrategia común de la ética de la IA, existe un Libro Blanco sobre la IA (Comisión Europea-2020); y, las Directrices éticas para una IA elaborado por un Grupo de expertos. Sin olvidarnos, de la novedosa propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial - conocido como Ley IA-. Entre otras cosas, se recoge: concepto y características de IA; los principios generales aplicables; el ámbito de aplicación; el enfoque basado en riesgos; y un nuevo sistema de sanciones.

Por supuesto, todo análisis variará según el tipo de IA que mencionemos: de sistemas que automatizan actividades o toma de decisiones; a sistemas que actúan como robots; a sistemas que emulan el pensamiento lógico de un ser humano; etc. De ahí, dependiendo de su utilidad o la que quiera darse, los planteamientos serán diferentes.

La IA debe contemplarse rigurosamente desde la óptica de la democracia y los principios axiológicos. El establecimiento de principios éticos a modo de camino inicial no resulta suficiente, por ende, se requieren pasos más firmes. A modo de conclusión provisional, reiteramos que todo alejamiento de nuestros valores constitucionales conllevará “el despotismo anti-ilustrado de la tecnocracia posthumanista”²².

¹⁸ Cotino Hueso, L.: Una regulación legal y de calidad para los análisis automatizados de datos o con inteligencia artificial. Los altos estándares que exigen el Tribunal Constitucional Alemán y otros tribunales, que no se cumplen ni de lejos en España, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 63,2023, p.3

¹⁹ Balaguer Callejón, F.: La constitución del algoritmo. El difícil encaje de la constitución analógica en el mundo digital. En *Balaguer Callejón, F; Cotino Hueso, L.: Derecho Público de la Inteligencia Artificial, Obras Colectivas 27, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2023, p.40*

²⁰ “Claro está que el derecho tiene que ser operativo, pero no es deseable que las mejoras en operatividad obtenidas mediante la inteligencia artificial no se acompañen de una intensificación de la racionalidad jurídica”. En Martínez García, J.I.: *op.cit.*, p.174.

²¹ “En la tensión entre el mundo digital y el físico, la cultura constitucional debe ofrecer su capacidad de ordenación, basada en los derechos fundamentales, para convertir esa dialéctica en un factor productivo que permita promover nuevos desarrollos civilizatorios”. En Balaguer Callejón, F.: *op.cit.*, p. 53.

²² Llano Alonso, F.H.: *op.cit.*, p. 53.

BIBLIOGRAFÍA

Balaguer Callejón, F.: La constitución del algoritmo, Blog Fundación Giménez Abad (Jornada), 15 de abril de 2021.

Balaguer Callejón, F.: La constitución del algoritmo. El difícil encaje de la constitución analógica en el mundo digital. En *Balaguer Callejón, F; Cotino Hueso, L.: Derecho Público de la Inteligencia Artificial, Obras Colectivas 27, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2023*, pp.29-56.

Cotino Hueso, L.: La necesaria actualización de los derechos fundamentales como derechos digitales ante el desarrollo de internet y las nuevas tecnologías. En *Pendás, B (dir.): España Constitucional (1978-2018)*, III tomo, CEPC, Madrid, 2018, pp. 2347-2361.

Cotino Hueso, L.: Una regulación legal y de calidad para los análisis automatizados de datos o con inteligencia artificial. Los altos estándares que exigen el Tribunal Constitucional Alemán y otros tribunales, que no se cumplen ni de lejos en España, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 63,2023.

De Asís Roig, R.: *Derechos y tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2022.

Ester Sánchez, A.T.: El desafío de la Inteligencia Artificial a la vigencia de los derechos fundamentales, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº48, 2023, pp. 111-139.

Luciani, M.: Libertà di ricerca e intelligenza artificiale. La sfida dell'intelligenza artificiale, *AIC*, 12-2023.

Llano Alonso, F.H.: El derecho ante el nuevo paradigma transhumanista de la era digital, *Revista Jurídica de Asturias*, nº45, 2022, pp.39-53.

Martínez García, J.I.: Inteligencia y derechos humanos en la sociedad digital, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm.40, 2019, pp.168-189.

Montilla Martos, J.A.: Inteligencia Artificial y Derechos políticos, *Blog Fundación Giménez Abad* (Congreso), 23 marzo de 2022.

Presno Linera, M.A.: Teoría general de los derechos fundamentales e Inteligencia Artificial: una aproximación, *Revista Jurídica de Asturias*, nº 45, 2022, pp.55-83.

Simoncini, A.: Il linguaggio dell'Intelligenza Artificiale e la tutela costituzionale dei diritti, *Rivista AIC Trimestrale di diritto costituzionale*, Anno 2023/ Fascicolo II, pp. 1-39.