

DERECHO Y RACIONALIDAD ALGORÍTMICA: TEORÍA DE SISTEMAS SOCIALES FRENTE A LOS CAMBIOS TECNOLÓGICOS

*A Difficult Balance:
More Constitution and Less Criminal Code*

Ángel GUTIÉRREZ ESCOBEDO*
Universidad de Guanajuato, México
ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-1278-0373>

DOI: <https://doi.org/10.15174/cj.v15i29.523>

Esposito, Elena, *Artificial Communication: How Algorithms Produce Social Intelligence*, Mit Press, 2022.

Nos encontramos en un momento interesante para la vida del derecho. La politización que se ha tratado de excluir del sistema del derecho se reincorpora una y otra vez como un residuo o producto distinto a lo jurídico. Esto se nota en la disparidad que el papel de la política ha tomado frente al derecho. Hoy en día, los algoritmos pueden participar en la comunicación¹ y con esto se genera una piscina universal de interlocutores que no tienen una referencia, pero justamente en tanto solamente participan en la comunicación sin producir otro tipo de significados, debemos tener en cuenta la forma en que los entendemos y cómo nos relacionamos con estos.

La socióloga Elena Esposito, de la Universidad de Bielefeld, Alemania, presenta en *Comunicación Artificial* una descripción vigorosa de dicho estado del arte: «los algoritmos aprenden a participar en la comunicación y pueden hacerlo porque no necesitan saber lo que la otra persona tiene en mente»². Surge al instante la pregunta: ¿cómo deberá reaccionar el derecho para regular formas de comunicación en las que el sujeto dialoga consigo mismo o atribuye responsabilidad a un «otro» que no existe, o peor, que es una proyección de él mismo? Unas propuestas afirman que deberemos estirar la categoría de persona para emplear la protección del sistema del derecho; otros, reconocer que solamente son productos de los desarrollos tecnológicos y que propiamente no son autónomos. Considero que los primeros están en un error producido por asumir

* Licenciado en Derecho con distinción «Laureado», Maestro en Filosofía y actualmente estudiante del Doctorado en Ciencias Sociales, lo anterior por parte de la Universidad de Guanajuato.

1 Esposito, Elena, *Artificial Communication: How Algorithms Produce Social Intelligence*, MIT Press, 2022, p. 1.

2 *Ibidem*, p. 16.

una posición ontológica sobre un problema político de orden práctico. Valdría la pena repasar cómo es que han surgido estos *softwares* y preguntarnos por los efectos en el aprendizaje o la conducta estratégica de los individuos, para hacer visibles las contradicciones de estas tecnologías.

Así, en los primeros dos capítulos de esta obra se presenta un breve recorrido sobre los desarrollos del proceso tecnológico en lo social. La separación entre interlocutores no es reciente, proviene de algunos desarrollos tecnológicos que fueron marcando una diferencia con el paso del tiempo. Comenzando con la escritura, la capacidad de ordenar datos en listas que enumeren la cantidad de elementos nos permite generar abstracciones, pues uno no tiene que entender el principio que produce la lista, sino generar uno para interpretarla conforme a principios de eficiencia³. Comenta Umberto Eco, que la lista no es solo un dispositivo lúdico sino una forma de conocimiento⁴. De esta forma, la operatividad de estos algoritmos es distinta a la de la creatividad humana; más bien un instrumento extensivo de ésta en la medida que no razonan de la misma forma que los seres humanos para producir formas de razonamiento abstracto parecidas a las nuestras⁵.

En el tercer capítulo se problematiza la visibilidad que aparece como producto del uso de estos *softwares*. En la comunicación artificial, la relación entre el orden y el ruido es meramente aparente. Al momento de interpretar la información el *software* no lee⁶, esto quiere decir que cualquier génesis de sentido o de posibilidades dentro de la comunicación se ve cerrada por el resultado de una operación preconcebida. Esto tiene efectos en el pensamiento crítico durante la comunicación pues se generan expectativas de respuesta altamente generales.

Por su parte, el cuarto capítulo aborda los problemas de identidad y perfilización que requiere para su operación este tipo de programas. La comunicación artificial opera mediante expectativas de respuesta, no dará mensajes que resulten incómodos, sino que se anuda en la confianza y sentimientos positivos de seguridad del usuario. Esto permite una forma de *marketing* perverso en donde las estrategias de mercado están diseñadas como átomos. Una reflexión sobre los efectos de dicha dinámica social nos presentaba Hannah Arendt⁷ como requisito o paso de gracia hacia el totalitarismo; cualquier forma de gobierno no democrática requiere ciudadanos inocuos. Estériles intelectualmente y separados de la comunidad.

El quinto capítulo es especialmente relevante para los actores jurídicos. El derecho al olvido está en peligro de desaparecer, pues las listas, los datos, todo el contenido requiere ser guardado para producir esas respuestas altamente estructuradas. La comunicación artificial requiere de grandes *sets de data* que sirven como la fuente de energía para las respuestas que nos brindan. Esto, además de provocar una gravísima crisis ambiental en la que estos sistemas participan, genera un efecto de «basura»: en

3 *Ibidem*, p. 24.

4 Eco, Umberto, «El vértigo de las listas», *IC Revista Científica de Información y Comunicación*, núm. 8, 2011, p. 30.

5 Eposito, Elena, *op. cit.*, p. 27.

6 *Ibidem*, p. 44.

7 Arendt, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Alianza Editorial, 2005.

tanto el dato está al servicio del algoritmo, es posible que sea olvidado sin desaparecer realmente⁸.

El sexto capítulo se pregunta por el desarrollo del individuo mediante el uso de imágenes en los entornos digitales. Hoy la comunicación se reproduce mediante imágenes⁹, lo que provoca un segundo nivel de operatividad en el individuo, quien ahora es alejado de su experiencia y puesto en el mundo de la inmediatez, del ruido visual. Uno de los errores que se cometen al analizar estos fenómenos es moralizar el resultado de dicha interacción, pero en tanto comunicación artificial, el usuario no actúa de manera ingenua, sabe dónde buscar y se maneja con una confianza comparable a la que muestra en la realidad. La abundancia de imágenes le permite a ese individuo inmediato escapar del presente¹⁰.

El siguiente capítulo examina el carácter abierto que asociamos al futuro. Pues los algoritmos autogenerativos se ofrecen como herramientas predictivas, que abandonan la explicación de un fenómeno por la capacidad de prevenir sus distintas formas. Esto, afirma Esposito, nos recuerda la manera en que sociedades mágicas o religiosas tornaban a rituales irracionales para la toma de decisiones. En este presente, la capacidad de comprender críticamente nuestra realidad se ve suplantada por la de proveer de la mejor aproximación de un futuro que solamente existe en la imaginación, en hacer uso de estas herramientas para realizar actividades meramente referenciales.

Con la modernidad, el cálculo de la probabilidad se introduce como una herramienta racional para lidiar con la incertidumbre, pero este proceder en torno a la probabilidad de un evento, contradice en apariencia nuestra comprensión del futuro que aparece cerrado para el individuo, pero abierto para el algoritmo¹¹. Es importante recordar que la operatividad de este tipo de comunicación depende enteramente de ejemplos, casos que podemos asumir se reproducen como expectativas en el tiempo. Pero el error de esta comunicación es que se asume atemporal: sin tiempo. Otro equívoco consiste en asumir que la simple disposición de ejemplos en ejemplificadores permite obtener alguna ganancia respecto a la relación entre la incertidumbre y dicha temporalidad. Es decir, que las predicciones que producen mediante estos grandes conjuntos de datos solamente son reales para un caso específico, inconsistentes con otros niveles de observación. Nuevamente el error consiste en tratar de equiparar la equivalencia en términos funcionales con la cualidad misma de estas diferencias. Esta lógica nos coloca a merced de una generalización tan específica de sentidos que solamente son suficientes para sí mismos, así, los sujetos incapaces de salir de dicha burbuja terminan excusándose en esta tecnología, evadiendo la responsabilidad de su procedencia.

Visto de esta manera no es ningún problema de génesis de derechos, sino de obligaciones y controles para la protección del origen de los datos que construyen dichos modelos. Con el incremento en la producción de imágenes, hoy es posible encontrar

8 Esposito, Elena, *op. cit.*, p. 77.

9 *Ibidem*, p. 81.

10 *Ibidem*, p. 86.

11 *Ibidem*, p. 93.

distintas formas de presencia y ausencia en la sociedad¹²; habitar esta dualidad entre la existencia física y la violencia simbólica en los espacios digitales, mantener una opinión de rechazo frente a la ciencia mientras se exige una explicación ante cualquier cosa.

Los algoritmos no conocen, son reales en tanto los hemos diseñado para algo¹³, y con esto toda predicción que provenga de esta comunicación artificial se encuentra trágicamente incrustada en la realidad. Esposito pone el ejemplo de los riesgos que surgen con esta visión del futuro como predecible en el derecho penal, pues la perfilización de ciertos individuos basados en supuesta evidencia empírica es un problema porque volvemos a propuestas decimonónicas de prevención del delito mediante políticas públicas violatorias a derechos humanos. El problema, enuncia de manera sucinta Esposito, es que «el riesgo no cae en que las predicciones estén erradas, sino que el futuro preparado para ellas es falso»¹⁴.

Regresando al problema de la memoria y el derecho al olvido; este tipo de comunicación facilita la reproducción de lo que ya se ha visto durante el tiempo y con esto las actitudes o creencias que el interlocutor de estas comunicaciones manifiesta. Son los mismos ingenieros de datos quienes han popularizado la idea de que los algoritmos sufren de «alucinaciones» que en realidad son meramente nodos de saturación en donde la interpretación coordina entre el usuario y la interfaz se regresa a su carácter de instrumento, superando la ilusión del cristal líquido.

Es entonces un asunto de la imaginación, facultad que sí se pone en riesgo cuando asumimos una clausura del futuro por vía de la predicción mediante datos. Finaliza este capítulo con la pregunta sobre la coexistencia entre la apertura del futuro, las sofisticadas predicciones y la creatividad propia¹⁵ de la vida o experiencia orgánica que tenemos como seres humanos.

El texto concluye con algunas reflexiones sobre las distintas dificultades que atraviesa la dinámica de la comunicación artificial en la sociedad; me concentraré en el problema de la jurisprudencia para las máquinas (*mechanical jurisprudence*), pues la pregunta por la ambigüedad propia de la argumentación en contextos reales se ve seccionada por esta forma de comunicación algorítmica que no puede satisfacer las condiciones necesarias de una argumentación en este nivel. No es equiparable asumir que una fórmula matemática diseñada para la comunicación humana puede simular propiedades mismas de ésta, a atribuir una capacidad sobresaliente, un ente más que humano capaz de ofrecer los mejores argumentos posibles.

Es importante que como juristas tengamos en cuenta el papel del derecho en la regulación de la vida como un aspecto de la personalidad en la sociedad, pues la vida es parte de la condición orgánica de la persona humana como un elemento más allá de su autonomía. Sea por vía de la fantasía que produce este tipo de comunicación o por algún motivo, pero debe quedar regulada en el mismo sentido que cualquier otro tipo de conducta humana. Por supuesto, eso nos conduce a la discusión en torno a la

12 *Ibidem*, p. 86.

13 *Ibidem*, p. 98.

14 *Ibidem*, p. 101.

15 *Ibidem*, p. 105.

fuelle que genera estas nuevas tecnologías, pero también nos lleva a discutir los distintos efectos que se asumen como propios de las mismas, los cuales se anuncian como si fuesen profecías autocumplidas.

La discusión de la política y el derecho respecto a la inteligencia artificial necesita estar anclada en los mismos motivos que han alimentado estos grandes modelos generativos. Es importante recordar que la fortaleza de la ley no reside en una génesis premeditada bajo términos pecuniarios sino en la legitimidad y efectividad que se le reconoce por la comunidad. La comunicación artificial nos permite identificar un nuevo impulso normativo respecto a la procedencia de los datos que se emplean, los usos que se ofrecen a los usuarios por parte de las empresas y las distintas mecánicas de conducta criminal que surgen de las mismas.

Bibliografía

ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Alianza Editorial, 2005.

ECO, Umberto, «El vértigo de las listas», *IC Revista Científica de Información y Comunicación*, núm. 8, 2011, pp. 15-34, disponible en: <https://icjournal-ojs.org/index.php/IC-Journal/article/view/230/227>

ESPOSITO, Elena, *Artificial Communication: How Algorithms Produce Social Intelligence*, MIT Press, 2022.