

REFLEXIÓN SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA NUEVA LEY DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

THINKING ABOUT THE FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE NEW ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT

MIGLE LAUKYTE

Universidad Pompeu Fabra, Barcelona
<https://orcid.org/0000-0002-6331-9364>

Fecha de recepción: 18-2-24

Fecha de aceptación: 11-3-24

Resumen: *La Ley de la IA ha sido aprobada en marzo 2024 y el presente escrito analiza algunos aspectos de dicha Ley en relación con los derechos fundamentales, que preocupan tanto a la sociedad. Iniciando con algunos apuntes críticos relativos a la primera versión de la propuesta, el trabajo enfoca la visión general de los derechos fundamentales presentada en esta Ley y argumenta que si bien los derechos fundamentales están presentes y concretados a través de distintos derechos en distintos contextos (laboral, consumo, etc.), la Ley no hace ninguna referencia sustancial a algunos de los derechos fundamentales, para los cuales las aplicaciones basadas en IA podrían significar un gran cambio. En consecuencia, el artículo identifica algunos aspectos de la visión normativa de la IA que podría ser más beneficiosa a los ciudadanos y sus derechos.*

Abstract: *The Artificial Intelligence Act (AIA) has been approved in March 2024 and this article addresses some parts of this Act in relation to the fundamental rights, that the society is concerned with. It starts by looking at some of the critical aspects of the first version of this Act and then moves on to zoom in this Act's vision of fundamental rights and argues that the fundamental rights are considered and articulated through different rights situated within a variety of contexts (labour relationships, consumer protection, etc.). However, the Act does not make explicit or sufficient reference to some fundamental rights which could be substantially impacted by AI: the article suggests some of the ways to improve this vision and increase the benefits of AI for citizens and their rights.*

Palabras clave: *Ley de Inteligencia Artificial, derechos fundamentales, sistemas de IA de alto riesgo.*

Keywords: *Artificial Intelligence Act, fundamental rights, high risk AI systems*

1. INTRODUCCIÓN

El tema de los derechos fundamentales¹ y la Inteligencia Artificial (IA) es de extrema importancia. Lo podemos observar gracias, entre muchos otros ámbitos, a la imparable producción académico-científica, que propone distintas perspectivas para ver y entender la relación entre, por un lado, la variedad de formas y aplicaciones que los avances de IA están adoptando, y, por otro lado, los derechos fundamentales, esta institución ético-filosófico-jurídica tan fuerte y tan frágil a la vez. Esta fuerza y fragilidad se explica a través de la paradoja de que si bien la mayoría de las personas son conscientes de su existencia y de su importancia, las violaciones de esos derechos han ido aumentando constantemente en los últimos dos siglos².

Enfocando el discurso de los derechos fundamentales en el ámbito de la IA, nos encontramos ante temáticas muy amplias donde existe una infinidad de cuestiones que aún no hemos abarcado o no hemos agotado. También descubrimos nuevas cuestiones tanto gracias a los avances casi cotidianos en la IA, como gracias al hecho de que IA hoy en día no es solo una tecnología en sí, sino siempre más se convierte en una parte integrante de otras tecnologías, como neurotecnologías, Metaverso, biotecnologías u otras, que a su vez causan nuevas preguntas y desafíos éticos y jurídicos en general, y relacionadas a los derechos fundamentales, en particular.

En respuesta a nuevos desafíos y preguntas, la Unión Europea (UE) ya tiene la versión ultimada de la nueva Ley de la IA³. Es la primera ley a nivel

¹ Utilizo el lenguaje de los derechos fundamentales como el lenguaje de derechos de la Unión Europea según lo establecido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01) (https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf, última consulta 2 de febrero de 2024), si bien mucho de lo que se sostiene en este escrito se podría aplicar a los derechos humanos, entendidos como los derechos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

² Es una de tantas paradojas de los Derechos Humanos que trata, entre muchos, J. R. SLAUGHTER, *Human Rights Inc.: The world novel, narrative form and international law*, Fordham University Press, New York, 2007.

³ El título completo es Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2024, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia

mundial donde se establece claramente la visión de la IA que obviamente para muchos países fuera de Europa será incompatible con su visión, si bien a lo mejor, también para algunos de estos países servirá de inspiración y de empuje, siguiendo “el efecto Bruselas”⁴.

La primera versión de esta Ley, es decir, la propuesta de la Comisión Europea del Reglamento sobre IA en el 2021⁵ ha sido ampliamente criticada y trato algunas de estas críticas en la primera parte del escrito: no es posible tratarlas todas aquí y, por lo tanto, se hace referencia a un informe que representa un conjunto de las organizaciones de la sociedad civil europeas que han expresado su preocupación por la visión que tiene la Comisión Europea sobre el futuro de la IA en UE. Sin duda hay otras propuestas de las organizaciones de la sociedad civil y esta propuesta, al cual se hace referencia en este escrito, es representativa de tantas (pero no de todas) voces que se levantaron en contra de lo que dicha propuesta establecía.

La segunda parte de este artículo se centra en la Ley de la IA en su última versión: obviamente, no es posible dentro de los límites de un artículo analizarla toda y como se merecería, por lo tanto muchos aspectos importantes han quedado fuera, como por ejemplo la evaluación del impacto de sistemas de IA sobre los derechos fundamentales. Por este motivo se hizo una selección de algunos (pero no todos) macro aspectos relevantes, teniendo en cuenta su articulación tanto en los *Considerandos* que se encuentran en el Preámbulo como en el texto de la Ley⁶.

Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM(2021)0206 - C9-0146/2021 - 2021/0106(COD)) y está accesible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_ES.html, última consulta 8 de abril de 2024.

⁴ Sobre “efecto Bruselas”, véase A. BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, Oxford, 2020. La autora argumenta que a diferencia de la narrativa común de la irrelevancia de UE a nivel global, sus efectos no solo llegan al resto del mundo, sino también están en aumento. Sobre todo esto es así si enfocamos los efectos desde el punto de vista de los mercados digitales, donde el poder unilateral de la UE es abrumador y observable a través de sus normas sobre la competición, protección de la privacidad y datos personales, y la lucha contra el discurso del odio en las redes sociales.

⁵ El título oficial “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión” COM/2021/206 final (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52021PC0206>, última consulta 15 febrero 2024).

⁶ Los *Considerandos* son el lugar donde vienen explicados los objetivos que una Ley quiere lograr y sin duda es una característica que encontramos no solo en la legislación de la

Trato también otra cuestión relacionada con los derechos fundamentales y la IA: cuáles de esos derechos *no* están en la Ley de la IA o por lo menos no están explícitamente. Es cierto que ya desde hace tiempo hemos adoptado una visión limitativa de lo que IA significa para los derechos fundamentales y hemos asumido que los problemas principales están relacionados con la protección de datos y la discriminación, igualdad, libertad de expresión, y otros, pero hay derechos fundamentales que constantemente se quedan al margen del debate. En la tercera parte de este escrito trato algunos de esos derechos que no han sido tomados o del todo o lo suficientemente en consideración, si bien podrían contribuir en una manera sustancial en abrir el camino a un nuevo enfoque a la IA.

Antes de empezar hace falta mirar la más reciente resolución del 2024 del Parlamento Europeo sobre la situación de los derechos fundamentales en los años 2022 y 2023 en la UE⁷: en relación con la IA se observa “que se utiliza una cantidad creciente [...] para el control de los migrantes en las fronteras exteriores e interiores de la Unión” y se anuncia que se “apoya las iniciativas para reforzar el proceso legislativo sobre un marco regulador de la Unión en materia de IA que ofrezca garantías sólidas para los derechos fundamentales” vista la “«datificación» de la vida cotidiana y los escándalos

UE sino también en los sistemas nacionales de Estados Miembros. En el caso de la legislación Europea, cuando los *Considerandos* parecen contradecir la parte operativa, la última prevalece, pero cuando los *Considerandos* están claros y la norma opaca, los *Considerandos* dan la luz interpretativa necesaria para los tribunales que los utilizan para entender su sentido de la norma. Es más: los *Considerandos* pueden prevenir que nazcan las expectativas sobre la Ley explicando claramente cual es su alcance. Véase M. DEN HEIJER, T. van Os VAN DEN ABEELLEN, y A. MASLYKA, “On the Use and Misuse of Recitals in European Union Law”, *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper* No. 2019-31. (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3445372, última consulta 28 de noviembre 2023); L. HUMPHREYS, C. SANTOS, L. DI CARO, G. BOELLA, L. VAN DER TORRE, y L. ROBALDO, “Mapping recitals to normative Provisions in EU legislation to assist legal interpretation” en A. ROTOLO (coord.), *JURIX 2015: The Twenty-Eighth Annual Conference*, IOS Press, Amsterdam, 2015, pp. 41-49; T. KLIMAS y J. VAICIUKAITE, “The Law of Recitals in European Community Legislation”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 15, 2008. (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1159604, última consulta 28 de septiembre 2023). En el caso presente se analizan los *Considerandos* para entender lo que se quiere lograr con la Ley de la IA: el objetivo de este escrito es enfocar las motivaciones cómo argumentos que explican la necesidad de esta Ley y analizar si estas motivaciones son de verdad alineadas y conformes con los derechos fundamentales.

⁷ El texto completo está disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0050_ES.html, última consulta 2 febrero 2024.

relacionados con los datos”. Lo más importante es que en esta resolución el Parlamento Europeo, entre muchas otras cosas,

“[...] pide a la Comisión y a los Estados miembros que adopten medidas para prevenir que nuevas tecnologías, como la inteligencia artificial, agraven la discriminación, las desigualdades existentes y la pobreza; pide a la Comisión y a los Estados miembros que garanticen que los sistemas de inteligencia artificial se rijan por los principios de transparencia, explicabilidad, equidad y rendición de cuentas, y que se efectúe una evaluación de impacto en materia de derechos fundamentales”.

Es obvio que el Parlamento Europeo observa unos patrones preocupantes en el desarrollo de los derechos fundamentales en este periodo de aceleración en el desarrollo de la IA y sigue pidiendo no bajar la guardia. Por lo tanto, podemos contemplar la Ley de la IA como inicio, pero seguramente no el punto final en la legislación Europea sobre la IA y los derechos fundamentales y la continuación del trabajo que empezó con el desarrollo de la estrategia Europea de la IA⁸.

2. LAS CRÍTICAS DE LA PROPUESTA

Desde el primer momento en que ha sido publicada la propuesta del Reglamento (Propuesta de la Ley de la IA), muchísimos actores de la sociedad civil y estudiosos de los derechos humanos han criticado su visión y modo de tratar los derechos fundamentales. Me centro en la propuesta de EDRI (*European Digital Rights*) y otras 119 organizaciones de la sociedad civil quienes han lanzado un llamamiento colectivo para que esta propuesta se alinee más con los objetivos de proteger y garantizar los derechos fundamentales⁹. ¿Qué se pide en esta propuesta?

En primer lugar, se subrayan los límites de la visión orientada al riesgo: La Ley (en la versión de la Comisión Europea, en la versión del Parlamento Europeo y en la versión de enero de 2024) clasifica los sistemas de IA con

⁸ Véase Comunicación de la Comisión, *Inteligencia Artificial para Europa*, COM(2018), 237 final, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0237>, último acceso 11 febrero 2024).

⁹ EDRI et al., 2021. *An EU Artificial Intelligence Act for Fundamental Rights. A Civil Society Statement* (<https://edri.org/wp-content/uploads/2021/12/Political-statement-on-AI-Act.pdf>, última consulta 2 de febrero de 2024).

base en el riesgo, es decir, riesgo inaceptable, alto riesgo, riesgo limitado y riesgo mínimo, que se determina antes de introducir el sistema en el mercado. Pero según los críticos establecer la categoría del riesgo *ex ante* no ayuda a entender los riesgos reales. Tampoco es una estrategia ganadora establecer categorías de sistemas de alto riesgo, porque así se deja poco margen para expandirlas e incluir nuevos sistemas que, gracias a su aplicación en el mundo real, exponen nuevos riesgos que *ex ante* no han podido ser identificados.

Sobre todo, en relación con los sistemas prohibidos, las organizaciones de la sociedad civil han elaborado un apartado específicamente dedicado a los sistemas incompatibles con derechos fundamentales y ahí han incluido los sistemas de la identificación biométrica en remoto, tanto los que identifican las personas en tiempo real como los que lo hacen después, pidiendo que esta prohibición no sea solo para los sistemas que utilizan las fuerzas del orden, sino cualquier actor público o privado¹⁰.

Otros sistemas que la sociedad civil pide prohibir son: (a) los sistemas de reconocimiento de las emociones, que reconocen las emociones y los estados mentales de los datos biométricos, fisiológicos, físicos o comportamentales; (b) los sistemas de categorización biométrica para categorizar las personas en lugares públicos o basándose en datos personales especiales u otras características (como identidad del género); (c) los sistemas basados en fisonomía de la IA (*AI physiognomy*) que utilizan los datos de los cuerpos humanos para inferir el carácter, la personalidad, creencias políticas o religiosas; (d) los sistemas de perfilación, cálculo de riesgo o predicciones utilizadas por las fuerzas del orden y/o autoridades judiciales para predicción de crímenes; (e) los sistemas de ejecución de las normas migratorias para perfilar o calcular el riesgo de las personas o grupos de personas que podrían perjudicar sus derechos de pedir asilo o perjudicar la imparcialidad de los procedimientos aplicables dentro del contexto de las gestiones migratorias.

¹⁰ En este sentido viene en mente el caso Mercadona, que en el 2021 ha sido multada con más de 3 millones de euros por el uso del sistema de reconocimiento facial para evitar que en sus tiendas entren personas que han cometido delitos contra las instalaciones, bienes o personas que trabajan en Mercadona. En este caso la empresa ha sido multada por la violación de la normativa de protección de datos. Más sobre este asunto, vid. G. SÁNCHEZ-YARA, "La AEPD impone a Mercadona una multa de 3,15 millones de euros por varias infracciones del RGPD relacionadas con su sistema de reconocimiento facial", RGPD Blog (<https://rgpdblog.com/la-aepd-impone-a-mercadona-una-multa-de-315-millones-de-euros-por-varias-infracciones-del-rgpd-relacionadas-con-su-sistema-de-reconocimiento-facial-parte-1-2/>), última consulta 2 de enero 2024).

No todas estas peticiones sobre los sistemas de IA a prohibir dentro de la UE han sido acogidas en la nueva versión de la Ley, pero las sugerencias sobre sistemas que tendrían que ser prohibidas no es todo lo que piden las organizaciones de la sociedad civil.

Por ejemplo, dichas organizaciones piden más transparencia respecto al uso de distintos sistemas de IA, más información por parte de proveedores de los sistemas de IA de alto riesgo, más fácil acceso al registro de sistemas de alto riesgo, critican a la Comisión por no incluir ningún mecanismo de reparación de los derechos violados ni tampoco algún mecanismo que permitiría a la sociedad civil participar en los procesos de investigación de los sistemas de alto riesgo. Es una reclamación más que justificada si tenemos en cuenta dificultades de ejercer el derecho al acceso a la información pública y la falta de la participación de la sociedad civil en cualquier cuestión relacionada con el uso de IA en el sector público es nota y ampliamente debatida en la doctrina¹¹.

Lo que se subrayan estas organizaciones de la sociedad civil es un problema estructural: hay un fuerte desbalance de poderes de las empresas tecnológicas y el Estado no hace lo suficiente para reequilibrarlo. Estos poderes no se articulan solo respecto al Estado mismo, sino que repercuten sobre todo en las personas. La pregunta es ¿Se puede competir contra las empresas que tienen en sus manos tres fuentes de poder: datos, poder computacional y el talento¹²? El Estado tiene el poder normativo que ejerce, en este caso particular, a través de la Ley de la IA y precisamente por ello las organizaciones de la sociedad civil piden al Estado aplicarlo de manera más contundente.

En este sentido, la propuesta de las organizaciones de la sociedad civil elabora una serie de nuevos derechos como un derecho a una explicación clara y comprensible por cualquier decisión tomada por el sistema de IA que

¹¹ Entre muchos, L. COTINO HUESO, "Qué concreta transparencia e información de algoritmos e inteligencia artificial es la debida", *Revista Española de Transparencia*, núm. 16, 2023, pp. 17-63; C. I. VELASCO RICO, "Las tecnologías disruptivas en la administración pública: Inteligencia Artificial y Block Chain", en S.E. CASTILLO RAMOS-BOSSINI, S.E y A. CERILLO I MARTÍNEZ (Dir.), *La Administración Digital*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 227-256; I. JIMENEZ-CASTELLANOS BALESTEROS, "Decisiones automatizadas y transparencia administrativa: nuevos retos para los derechos fundamentales", *Revista Española de Transparencia*, núm. 16, 2023, pp. 191-215.

¹² Más sobre el tema, véase G. KRASADAKIS, "How Could We Prevent the Unreasonable Concentration of AI Power?", *Medium* 2023 (<https://medium.com/60-leaders/how-could-we-prevent-the-unreasonable-concentration-of-ai-power-a39970ff935a>, última consulta 3 de diciembre 2023).

está sujeta a la (Propuesta de la) Ley, o un derecho a la reparación tanto para colectivos como para los individuos. Se critica también la falta de enfoque relativa a la accesibilidad de los sistemas de la IA, sobre todo para las personas con discapacidad; se pide más transparencia sobre impacto ambiental de dichos sistemas, y también se cuestiona las dinámicas de estandarización que se delega a los entes del sector privado.

Sin duda, la propuesta de la sociedad civil enfoca los intereses de la parte más vulnerable de esta ecuación entre, por un parte, el sector tecnológico-industrial, por otra parte, el Estado, en este caso representado por el legislador Europeo, y finalmente los ciudadanos. Seguramente, muchas ideas se quedaron fuera de esta propuesta. Además, la propuesta de la sociedad civil es una herramienta de negociación donde muchas veces se pide más de lo que se sabe que se puede obtener y además se hace sin restricciones ni limitaciones del lenguaje en el discurso político que el legislador Europeo no puede evitar.

Según la teórica política Iris Marion Young, la sociedad civil y el Estado tienen que posicionarse juntos en favor del desarrollo democrático y en contra de las injusticias, sobre todo las que empuja el sector privado¹³. Esta lucha contra la injusticia, es presentada por Young como la suma de la dominación y la opresión. La dominación se articula a través de las inhibiciones que no permiten a las personas participar en la toma de decisiones que afectan a sus vidas, por lo que la dominación inhibe la autodeterminación de cada uno. La opresión limita el acceso para algunas personas (grupos sociales) a los contextos donde esas personas podrían expresarse y aportar su visión a la vida social. Visto así, la opresión inhibe el desarrollo personal.

La sociedad civil tiene mucho que aportar en la lucha contra la primera (la dominación) y menos en la lucha contra la segunda (la opresión), donde el papel del Estado, como estructura coordinada y con un aparato administrativo que la sostiene, es mucho más efectivo, si bien la sociedad civil es un aliado importante.

Es obvio que la IA es utilizada en ambas formas de la articulación de la injusticia: tanto la dominación como la opresión se benefician de la IA y si revisamos las críticas a Propuesta de la Ley de la IA que contiene la propuesta de la sociedad civil podemos entenderla mucho mejor. A nivel de la dominación, es evidente que el uso de la IA por la administración pública puede ser

¹³ I. M. YOUNG, *Inclusion and Democracy*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2000, pp. 154 ss.

visto como una “capa” más de un gran número de “capas” que se utiliza para distanciar los ciudadanos de la participación en la toma de las decisiones que les afecta: ya no se trata de la toma de decisiones dentro del laberinto burocrático sino de su externalización a los terceros, quienes gracias al régimen de la propiedad intelectual están legitimados a no revelar cómo se toman dichas decisiones y los ciudadanos no tienen manera (o la tienen muy complicada) de entender y aún menos de participar. Desde el punto de vista de la opresión es también obvio que muchos sistemas de la IA, al no ser inclusivos ni accesibles –lo que por cierto critican las organizaciones de la sociedad civil en la Propuesta de la Ley de la IA– tienen alejados también a los que, por un motivo o por otro, siempre han tenido poco espacio para defender sus experiencias, como pueden ser personas con discapacidad, personas en situaciones de fragilidad financiera, menores de edad, personas mayores, etc.

Las posibilidades tanto para la autodeterminación como para el desarrollo personal son indispensables para los derechos fundamentales y su defensa por parte de las organizaciones de la sociedad civil en un contexto donde las negociaciones sobre la regulación de IA es más que positiva. En el siguiente apartado se analiza cómo el legislador Europeo está visualizando el papel de los derechos fundamentales en la última versión de la Ley de la IA.¹⁴

3. LOS RIESGOS PARA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA LEY DE IA

Los derechos fundamentales –como no puede ser de otra manera– ocupan un lugar central en la Ley de la IA: el primer considerando explica que entre los objetivos de la Ley está introducir los sistemas de IA “garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la ‘Carta’), en particular la democracia, el Estado de Derecho y la protección del medio ambiente, frente a los efectos perjudiciales de los sistemas de IA en la Unión”.

Otro aspecto importante es la alfabetización en materia de IA, tanto por parte de los proveedores, como de los responsables del despliegue de sistemas de IA. Es decir, toda persona que trata los sistemas de la IA tiene que tener unos conocimientos básicos sobre el funcionamiento de la IA. Donde

¹⁴ Versión de 13 de marzo 2024.

falla la Ley es al establecer esta obligación solo para los proveedores y para los responsables del despliegue (y además formularla en términos posibilistas, es decir, “en la mayor medida posible”¹⁵). La alfabetización en IA no debería ser solo para los que se ocupan de IA, sino y sobre todo para los que son tratados por dichos sistemas y eventualmente sufren las consecuencias, cómo establece el Considerando 20¹⁶.

Sea cual sea la lectura correcta de artículo 4 y la interpretación del Considerando 20, la alfabetización en la materia de la IA nos lleva a entrelazarla con el derecho a la educación que en este sentido toma la forma de derecho a la educación sobre IA. La conexión entre la alfabetización en materia de IA y el derecho a la educación es fundamental: debemos tener bien claro que la IA hoy en día no tiene que ser solo una herramienta para aprender distintas materias, sino que tiene que ser una asignatura en sí misma. Como siempre, la educación tiene la llave del futuro: sin educación –o, utilizando el término de la Ley, alfabetización– en IA corremos el riesgo de no poder entender ni detectar los problemas, ni, consecuentemente, oponernos a los distintos usos de la IA tanto por parte del sector público como del sector privado¹⁷.

La Ley subraya que la IA sobre todo podría potenciar la manipulación, explotación y control social y destaca la contrariedad de esas prácticas a los

¹⁵ El texto completo del art. 4 es “Los proveedores y responsables del despliegue de sistemas de IA adoptarán medidas para garantizar que, en la mayor medida posible, su personal y demás personas que se encarguen en su nombre del funcionamiento y la utilización de sistemas de IA tengan un nivel suficiente de alfabetización en materia de IA, teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, su experiencia, su educación y su formación, así como el contexto previsto de uso de los sistemas de IA y las personas o los grupos de personas en que se utilizarán dichos sistemas”.

¹⁶ Entre otras cosas establece de que “[...]la alfabetización en materia de inteligencia artificial debe dotar a los proveedores, responsables del despliegue y personas afectadas de los conceptos necesarios para tomar decisiones con conocimiento de causa en relación con los sistemas de IA”.

¹⁷ Más sobre el tema de la educación y la IA, véase por ejemplo UNESCO, “Beijing Consensus on Artificial Intelligence and Education”, 2019 (<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000368303>, última consulta 21 agosto 2023); PARLAMENTO EUROPEO, “Resolution of 19 May 2021 on artificial intelligence in education, culture and the audiovisual sector” (2020/2017(INI)), P9_TA(2021)0238; L. PLITNICHENKO, “Five Main Roles Of Artificial Intelligence In Education”, 2020 (<https://elearningindustry.com/5-main-roles-artificial-intelligence-in-education>, última consulta 3 enero 2024); A. BHUTORIA, “Personalized Education and Artificial Intelligence in the United States, China, and India: A Systematic Review using a Human-In-The-Loop Model”, *Computers and Education: Artificial Intelligence*, núm. 3 (<https://doi.org/10.1016/j.caeai.2022.100068>, última consulta 3 enero 2024).

derechos fundamentales, sobre todo entrelazando estas prácticas con el derecho a la no discriminación, la protección de datos y la intimidad y los derechos de los niños y otros grupos vulnerables. El control social se ejerce por ejemplo a través del uso de los sistemas de categorización biométrica que la Ley prohíbe, si bien con excepciones¹⁸. Son sistemas que asignan las personas físicas en base a sus datos biométricos a unas categorías pre-definidas, que pueden ser varias, desde el color de los ojos hasta la orientación sexual. Desde el punto de vista de protección de datos, los datos biométricos se clasifican como una categoría especial de datos personales que goza de una protección aún más estricta, justificando la prohibición casi total del uso de sistemas que los procese para categorizar las personas.

La lista de los sistemas prohibidos es mucho más larga si bien no incluye todas las propuestas que hemos visto en la parte anterior. Por ejemplo, se prohíbe “la identificación biométrica remota «en tiempo real» en espacios de acceso público con fines de aplicación de la ley”: dicha identificación se considera no compatible con los derechos fundamentales y sobre todo con el derecho a la libertad de reunión. De todas formas la Ley también prevé excepciones a esta prohibición. Dichas excepciones se basan en la previa evaluación del impacto sobre los derechos fundamentales, entre otros requisitos: es decir, los sistemas de la identificación biométrica remota «en tiempo real» en espacios de acceso público con fines de aplicación de la ley son compatibles con los derechos fundamentales si y solo si estos sistemas se utilizan en supuestos muy puntuales y dichos sistemas han superado la evaluación de su impacto sobre los derechos fundamentales, entre otros requisitos.

En este sentido se prohíbe también “la introducción en el mercado, la puesta en servicio para este fin específico o el uso de sistemas de IA que creen o amplíen bases de datos de reconocimiento facial mediante la extracción no selectiva de imágenes faciales de internet o de circuitos cerrados de televisión;” (art. 5, e)). En este caso el derecho fundamental más en peligro es el derecho a la intimidad y la privacidad: la imagen de la cara de una persona tiene que ser protegida tanto en el mundo real como en el mundo virtual de

¹⁸ La Ley expresamente prohíbe los sistemas de categorización biométrica “clasifiquen individualmente a las personas físicas sobre la base de sus datos biométricos para deducir o inferir su raza, opiniones políticas, afiliación sindical, convicciones religiosas o filosóficas, vida sexual u orientación sexual; [...]” (art. 5, g)) pero las permite si han “sido autorizados por ley para detectar, prevenir e investigar infracciones penales, con sujeción a las garantías adecuadas para los derechos y libertades de terceros y de conformidad con el Derecho de la Unión.” (art. 50.2) y en algunos otros casos puntuales.

usos ilegales o no autorizados por dicha persona. Sin duda alguna muchas personas publican las imágenes de sus caras online sin tener en cuenta cómo podrían ser re-utilizadas para una variedad de objetivos y en contextos muy distintos: es un problema más grave de lo que la Ley de la IA puede abarcar y no hay herramientas para evitar que las personas compartan imágenes, si bien cada vez más personas están concienciadas sobre los peligros, sobre todo si se trata de menores de edad¹⁹.

Vemos que la Ley de la IA no acoge la sugerencia de la sociedad civil de alargar la lista de sistemas prohibidos y se queda con una lista más reducida y llena de excepciones. Dicha lista de sistemas prohibidos incluye sistemas de IA que se basa en técnicas subliminales o técnicas manipuladoras, sistemas que explote las vulnerabilidades, sistemas para clasificar o evaluar personas en base de su comportamiento social u otros parámetros, y los sistemas de reconocimiento de emociones, aparte de las ya citadas (art. 5). A diferencia de lo que han pedido la sociedad civil en referencia a la prohibición de cualquier tipo de sistemas de identificación biométrica en remoto en todos los espacios públicos por cualquier actor, la UE no tiene entre sus planes limitar esta prohibición solo a las fuerzas del orden y en este caso también hay excepciones²⁰.

Muchas veces la Ley trata los derechos fundamentales explicando que derechos considera ser particularmente relevantes en distintos casos específicos: para establecer si un sistema de IA es de alto riesgo la Ley se refiere a los efectos adversos que un sistema podría tener sobre los derechos fundamentales, por ejemplo, sobre la privacidad y protección de datos; propiedad intelectual; derecho a la igualdad; libertad de expresión e información; libertad de asociación y de reunión; derechos procesales; derechos de los grupos vulnerables como las personas con discapacidad y los menores de edad; la

¹⁹ Existe un término en inglés *sharenting* para llamar la practica de compartir las fotos de tus hijos en línea, normalmente en las redes sociales. Los peligros son obvios, pero esta práctica parece ir aumentando. Más sobre el tema, véase, A. D. KESKIN ET AL., “Sharenting Syndrome: An Appropriate Use of Social Media”, *Healthcare* vol. 11, núm. 10 (<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC10218097/>), última consulta 1 de septiembre 2023).

²⁰ Por ejemplo, en casos de búsqueda de víctimas concretas de secuestros, trata de seres humanos, personas desaparecidas, amenazas reales de atentados terroristas, y más circunstancias explícitamente previstas en el art. 5.1(d) y solo para confirmar la identidad de la persona y solo si el sistema de identificación biométrica está registrado en la base de datos de conformidad y ha completado la evaluación de impacto sobre los derechos fundamentales, entre otros deberes, si bien hay excepciones para las situaciones de urgencia (art. 5. h) - i, ii, iii; etc.

no discriminación; derechos de los trabajadores y de los consumidores; derecho a un alto nivel de protección ambiental y también el derecho a la buena administración²¹.

La Ley también trata con particular atención el impacto de los sistemas IA en algunos contextos específicos, como los relativos a los contextos laborales o bien a los seguros médicos, así como a los servicios y prestaciones esenciales, sobre todo si se trata de asistencia pública: en este último caso los derechos fundamentales se articulan sobre todo a través de los derechos sociales, de la dignidad y la no discriminación. En todos estos casos se trata de personas que, o de partida están en una posición de desventajada (cómo es el caso de los trabajadores), o bien son vulnerables por razón de la salud o su situación socioeconómica. En este último caso ya en el 2019 tuvimos el advertencia de Philip Alston, relator especial sobre la pobreza extrema y los derechos humanos de las Naciones Unidas, quien en su informe “Estados de bienestar digitales y derechos humanos” (A/74/493) subrayó que el estado digital de bienestar tiene una cara oculta, porque:

“[...] la digitalización de los sistemas de asistencia social ha ido acompañada a menudo de grandes reducciones del presupuesto para asistencia social, la disminución del número de beneficiarios, la eliminación de algunos servicios, la introducción de condiciones exigentes e invasivas, el objetivo de lograr modificaciones en el comportamiento, la imposición de regímenes de sanciones más estrictos y el total desvanecimiento de la idea tradicional de que el Estado debe rendir cuentas ante la ciudadanía”.

La Ley de IA parece haber entendido el peligro, de forma que la atención a los grupos sociales más vulnerables resulta evidente (si bien no necesariamente suficiente). Hablando de los grupos sociales vulnerables, una cuestión aparte está relacionada con los sistemas de IA aplicadas al ámbito de migración y control de las fronteras: sin ninguna duda en este contexto el espacio para violar los derechos fundamentales es amplio y también –a diferencia de otros contextos– reverbera casi exclusivamente sobre las personas más vul-

²¹ Al contrario, si hablamos de efectos positivos de la IA sobre el derecho a la buena administración podría ser su uso en la prevención de la corrupción (sobre este punto, véase J. PONCE SOLÉ, “La prevención de riesgos de mala administración y corrupción, la inteligencia artificial y el derecho a una buena administración”, *Encuentros multidisciplinares*, vol. 22, núm. 65 (http://www.encuentros-multidisciplinares.org/revista-65/juli_ponce.pdf, última consulta 2 de octubre 2023).

nerables que no son ciudadanos de un país miembro²². El Reglamento está muy atento a no agravar la situación de esas personas y dichos sistemas se clasifican como sistemas de alto riesgo y no pueden ser instrumentalizadas por países para eludir sus deberes previstos en los tratados internacionales o para violar otros derechos como el derecho a la protección internacional (que no forma parte explícitamente de la lista de los derechos fundamentales en el sentido de la Carta). Son numerosos los derechos que están en juego en este contexto y el sistema de gestión de migración y control de fronteras en la UE últimamente ha recibido numerosas críticas por una serie de motivos, como por ejemplo, utilizar los migrantes para el testeo de los sistemas de IA para detectar engaño²³, o el uso del sistema ETIAS (*European Travel Information and Authorization System*) que es tan opaco que no se entiende si se basa en la IA o no, de forma que la Agencia Europea de los Derechos Fundamentales ha subrayado su potencial para la discriminación²⁴.

Hablar de riesgos significa no solo informar, sino también prevenir: por eso se introducen los sistemas de gestión de riesgo de los sistemas de alto riesgo para la salud, la seguridad y los derechos fundamentales. Dichos sistemas de gestión de riesgo, entendidos como “un proceso interactivo continuo, plantificado y ejecutado a lo largo de todo el ciclo de vida de un sistema de IA de alto riesgo, que requerirá revisiones y actualizaciones sistemáticas periódicas” y que se basará en cuatro etapas (art. 9.2).

Algunas de esas medidas merecen un análisis más detallado: por ejemplo, el requisito de la supervisión humana, que se articula más en detalle en

²² Sobre este tema, lo dice todo Zanetti: “El migrante no es un turista, e incluso un refugiado tiene un *status* existencial diferente del migrante. [...] la alteridad del migrante se basa en una lógica estricta y radical, y los riesgos que comporta son de naturaleza y intensidad tales que no dejan ningún espacio a la idea de elección deliberada y razonable, de quieta ponderación, de serena elaboración de un camino a partir de opciones diferentes y alternativas. El migrante es un destino existencial [...], F. ZANETTI, *Filosofía de la Vulnerabilidad*, Dykinson, Madrid, 2020, p. 166.

²³ L. ENDREGARD HEMAT, “Trends in the Digitalisation of EU Borders: How Experimentations with AI for Border Control Treat Migrants as Test Subjects”, Peace Research Institute Oslo (PRIO), *Policy Brief*, vol. 15, 2022 (<https://reliefweb.int/report/world/trends-digitalisation-eu-borders-how-experimentations-ai-border-control-treat-migrants-test-subjects>, última consulta 2 de octubre 2023).

²⁴ M. LAUKYTE y C. I. VELASCO RICO, “ETIAS System and new proposals to advance the use of AI in law enforcement”, en *revision entre pares*, 2024; C. DERAIVE, N. GENICOT y N. HETMANSKA, “The Risks of Trustworthy Artificial Intelligence: The Case of the European Travel Authorization and Information System”, *European Journal of Risk Regulation*, núm. 13, pp. 389-420.

el artículo 9.5 – “[...] se tendrán debidamente en cuenta los conocimientos técnicos, la experiencia, la educación y la formación que se espera que posea el responsable del despliegue, así como el contexto en el que está previsto que se utilice el sistema” – si bien es fundamental en la visión de automatización en el sentido más amplio que ha sido adoptado por la UE²⁵, ha sido criticado ampliamente no solo porque el ser humano podría no estar suficientemente preparado para entender o interpretar el funcionamiento del sistema, podría tener prejuicios, ser el/ella mismo/a la parte interesada como sería en el caso de un funcionario de la banca que podría elegir a no contradecir el resultado de un sistema IA de su empleador (la banca), sino también por razones fisiológicas, cansancio y una instrumentalización de la supervisión humana porque así se tiene una persona para descargar sobre ella cualquier problema que la empresa o institución responsable no supo o quiso tratar²⁶.

Es más, la falsa creencia en el control humano sobre la tecnología y la ciencia ha sido repetidamente confirmada por numerosos desastres ambientales, sanitarios, aeroespaciales y similares: en este sentido tenemos que repensar lo que propuso ya en el 2003 Sheila Jasanoff a través de su análisis de lo que ella llamó “tecnologías de la humildad”. Son las tecnologías que producen los riesgos (y hoy podemos sin duda incluir IA entre las mismas), pero que para ser aceptadas y legitimadas, tienen que ser basadas en la co-construcción de la epistemología civil, pluralismo y deliberación pública²⁷. Es decir, nuestro objetivo no tiene que enfocar solo el control o supervisión de la IA, sino la reflexión sobre y la participación en la toma de decisiones relacionados con la IA.

²⁵ Con el término supervisión humana en sentido más amplio me refiero al hecho de que ya en el Reglamento General de Protección de Datos, en particular, el artículo 22 dedicado al procesamiento de los datos personales automatizado, la supervisión humana aparece como garantía de protección de los datos y de consecuencia de los derechos fundamentales.

²⁶ Véase, por ejemplo, R. KOULU, “Proceduralizing control and discretion: Human oversight in artificial intelligence policy”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 27, núm. 6, 2020, pp. 720-735; también A. OBREGÓN FERNÁNDEZ y G. LAZCOZ MORATINOS, “La supervisión humana de los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo. Aportaciones desde el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho de la Unión Europea”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, vol. 42, 2021, (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8202329>, última consulta 4 diciembre 2023), quienes proponen de adoptar el concepto del Control Humano Significativo.

²⁷ S. JASANOFF, “Technologies of Humility: Citizen Participation in Governing Science”, *Minerva*, núm. 3, 2003, pp. 223-244.

Obviamente la situación es distinta si la supervisión humana la miramos desde el punto de vista teórico, como el principio establecido en las Directrices Éticas de la IA Fiable²⁸ que incluye la supervisión humana entre sus siete principios éticos, entre los cuales encontramos también la voluntad humana (*human agency*), la solidez y seguridad tecnológicas, privacidad y gobernanza de los datos, responsabilidad, bienestar social y medioambiental, no discriminación, diversidad, y la transparencia. Es decir, la supervisión humana funciona mejor como principio a seguir, pero en cuanto medida para garantizar la integridad de los derechos fundamentales podría tener serios fallos.

Teniendo en cuenta lo manifestado, probablemente lo más relevante para tratar los riesgos es la evaluación del impacto relativa los derechos fundamentales antes de poner cualquier sistema de IA de alto riesgo en el mercado, introducida en el art. 27. Este requisito se aplica tanto a los entes públicos, como a entes del sector privado que ofrecen servicios públicos (así, sanidad, educación, servicios sociales, o la administración de justicia) y una lista de otros operadores que utilizan este tipo de sistemas (bancas, aseguradoras, etc.).

Una mención aparte –más bien, otro artículo aparte– merece contemplar este requisito como legitimización de lo que la literatura ha llamado trasgresiones sectoriales (*sector transgressions*): son las situaciones en las que el sector privado entra en los espacios de actuación del sector público trayendo consigo las dinámicas, modelos, el modo y la ética de actuar propios del sector privado que se diferencian mucho de los del sector público. Por ejemplo, esta diferenciación se ve en la actuación de las empresas a través de la lógica de los costes-beneficios sin tener en cuenta el valor social de los servicios públicos y el enfoque alejado de las dinámicas del mercado, propio del Estado social²⁹.

Volviendo al análisis de la evaluación del impacto, la idea detrás de esta evaluación es la necesidad de identificar los riesgos específicos de un sistema

²⁸ COMISIÓN EUROPEA, Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías, “Directrices éticas para una IA fiable”, Oficina de Publicaciones, 2019 (<https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>, última consulta 11 de febrero 2024).

²⁹ J. LÓPEZ SOLANO, A. MARTÍN, F. OHAY, S. P. DE SOUZA, y L. TAYLOR, “Digital Disruption or Crisis Capitalism? Technology, Power and the Pandemic”, *Report for the Global Legal Justice* (<https://globaldatajustice.org/gdj/2649/>, última consulta 2 de enero 2024).

concreto de alto riesgo para los derechos tanto de un individuo como de grupos de personas y también identificar las medidas para tratar esos riesgos.

La evaluación del impacto ha sido objeto de muchos estudios antes de que La Ley de IA fuera finalizada³⁰: seguramente hay aspectos que dejan la puerta abierta a distintos abusos o fallos en garantizar la correcta evaluación y tratamientos de los riesgos. Por ejemplo, dicha evaluación se hace en el primer uso del sistema y luego su actualización queda en manos del responsable del despliegue quien toma la decisión si hay cambios en el sistema suficientemente relevantes para exponer los individuos y/o los grupos a nuevos riesgos. Es decir, se hace una nueva evaluación del impacto solo cuando “[...] el responsable del despliegue considere que alguno de los factores pertinentes ha cambiado” (*Considerando* 96) y esto podría causar muchos problemas cuando el responsable del despliegue del sistema falla en averiguar esos cambios.

El art. 27.2 está aún más abierto que los *Considerandos*:

“La obligación [...] de la evaluación de impacto] se aplicará al primer uso del sistema de IA de alto riesgo. En casos similares, el responsable del despliegue podrá basarse en evaluaciones de impacto relativas a los derechos fundamentales realizadas previamente o a evaluaciones de impacto existentes realizadas por los proveedores. Si, durante el uso del sistema de IA de alto riesgo, el responsable del despliegue considera que alguno de los elementos enumerados en el apartado 1 ha cambiado o ha dejado de estar actualizado, adoptará las medidas necesarias para actualizar la información”.

Aquí surgen aún más preguntas: ¿Qué se entiende por los “casos similares”? ¿Quién establece la similitud? Son casos similares porque se aplican en el mismo sector (por ejemplo, laboral) o porque son similares en objetivos que sistema tiene que lograr? Habrá que observar muy atentamente que las evaluaciones realizadas para sistemas similares –sea lo que sea esta similitud– sean hechas con rigor y que las evaluaciones efectuadas por el

³⁰ Entre muchos, A. MANTELERO, “Human Rights Impact Assessment and AI”, en A. MANTELERO, *Beyond Data: Human Rights, Ethical and Social Impact Assessment in AI*, T.M.C. Asser Press, Hague, 2022, pp. 45-92; P. SIMÓN CASTELLANO, *La evaluación de impacto algorítmico en los derechos fundamentales*, Aranzadi, Cisar Menor, 2023; B. C. STAHL ET AL., “A systematic review of artificial intelligence impact assessments”, *Artificial Intelligence Review*, vol. 24, pp. 1-33; H. JANSSEN, M. SENG AH LEE Y J. SINGH, “Practical Fundamental Rights Impact Assessments”, *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 30, núm. 2, 2022, pp. 200-232.

proveedor sean también revisadas con mucha atención por las autoridades: tenemos que tener en cuenta que dichas evaluaciones están hechas por la parte interesada en un resultado favorable de la evaluación (proveedor por ejemplo).

Es más: según el art. 27, el responsable del despliegue, cuando nota algún cambio en algún factor o lo vea desactualizado, toma “las medidas necesarias para actualizar la información” y esta expresión sobre la actualización deja una puerta muy abierta para distintas interpretaciones sobre lo que significa esta actualización de la información, porque a diferencia del *Considerando* 96, no dice expresamente que se trata de una nueva evaluación de riesgos, sino solo de “actualización de la información” que podría ser instrumentalizada para no hacer esfuerzo en superar una nueva evaluación de riesgos.

En favor de la manera de garantizar la evaluación del impacto hay que subrayar que el legislador construye por un lado una red de co-responsabilidades entre los proveedores, los responsables del despliegue del sistema y la autoridad de vigilancia del mercado, y por otro lado, fortalece estas responsabilidades con las medidas, los procedimientos, las instrucciones uso y otras herramientas que ayudan a dichas responsabilidades de materializarse.

El legislador también ve sentido en distinguir entre la evaluación del impacto de los sistemas de IA de alto riesgo en el sector privado y en el sector público, dando más peso al sector público cuando reconoce –o mejor dicho, subraya la importancia de– que quien despliegue esos sistemas en el sector público tendría que involucrar a la sociedad civil (expertos, organizaciones, grupos de personas afectadas, etc.) tanto en la evaluación de los riesgos cómo en el diseño de las medidas para tratarlos (véase, por ejemplo, el *Considerando* 96).

Sin duda cada artículo de esta Ley merece la atención y, de una manera u otra, se conecta con el tema de los derechos fundamentales: el objetivo de este artículo no es tratarlos todos, sino contemplar algunos –en la opinión de quien escribe, algunos entre los más importantes– para identificar problemas y temas de los que nos ocuparemos en el futuro. También podemos ya extraer algunas conclusiones y hacer algunas observaciones.

En primer lugar, podemos observar cómo el legislador construye los derechos fundamentales a través de los distintos derechos –como el derecho a la no discriminación y el derecho a la alfabetización que concretiza el derecho a la educación, derecho a la intimidad y protección de datos– y con-

ceptos jurídicos, como Estado del Derecho y la democracia, a los que el uso ilegal y no ético de los sistemas de IA podría debilitar. Es decir,

“[...] derechos fundamentales constituyen el mínimo moral común y compartido en el Estado de Derecho, el núcleo de una ética pública cuyo sentido básico no es tanto el de generar una voluntad de imposición como el de significar un referente de adhesión individual libre”³¹.

En este sentido la Ley de la IA establece como base “la existencia de elementos compartidos que generen un sentimiento de adhesión entre los miembros de una comunidad” que constituye “el núcleo del consenso”³². Volviendo al “efecto Bruselas” la Ley de la IA podría ser importante en crear más cohesión entre los Estados Miembros y ser funcional en exportar valores y principios Europeos en otras latitudes donde dichos valores y principios no tienen mucho espacio³³.

En segundo lugar, en la Ley se puede detectar un aire defensivo respecto a la IA. Es decir, el tono de la Ley es más *proteger*, pero no *avanzar* los derechos fundamentales. La Ley, así como está, se encuentra enfocada en restringir tanto el Estado como el sector privado del uso de IA que podría perjudicar los derechos fundamentales, pero considerar la IA solo como una amenaza para los derechos fundamentales y solo centrarse continuamente en violaciones de los derechos no ayuda a dar la vuelta y pasar a una visión distinta, más proactiva, de la IA. En la Ley vemos los derechos fundamentales a través de la IA, pero habría que invertir las perspectivas y ver la IA a través de los derechos fundamentales. En otras palabras, en el primer caso (derechos fundamentales a través de la IA), es la IA quien dicta los límites, riesgos y cómo tratarlos, pero si adoptamos la visión del segundo caso (IA a través de los derechos fundamentales), podemos ver mejor cómo los derechos fundamentales podrían dictar el rumbo del desarrollo y uso de la IA, que obviamente estaría enfocado no tanto a defenderse de la IA, sino a apro-

³¹ F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, “La relación entre los derechos fundamentales y el Estado de Derecho: dimensiones y consecuencias”, *Anuario Filosofía del Derecho*, 2006, p. 202.

³² *Ibid.*, pp. 202-203.

³³ En este sentido, véase I. MANNERS, “Creative Efforts: The Normative Power of the European Union”, *International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944-)*, vol. 84, núm. 1, *Ethical Power Europe?*, Enero 2008, pp.45-60, donde el autor explica que UE ejerce el poder normativo a nivel global a través de una serie de principios normativos y derechos humanos (pero en este sentido se puede equiparar los derechos humanos con los derechos fundamentales) es uno de ellos y una de las maneras de realizar estos principios es dar ejemplo.

vechase de la misma para promover los derechos de todos, y en particular, de los más vulnerables.

La siguiente parte está relacionada con esta idea: se trata de los derechos fundamentales que no están en la Ley o que no están suficientemente reconocidos y tratados: enfocar estos derechos significaría adoptar esta posición proactiva a la que me referí en el párrafo anterior.

4. DERECHOS FUNDAMENTALES FUERA DE LA LEY DE LA IA

Si bien la Ley de la IA protege los derechos fundamentales como un valor y un principio del funcionamiento de la UE, es innegable que la Ley de la IA no es la Ley sobre derechos fundamentales y la IA, sino la Ley que establece como su primer objetivo “mejorar el funcionamiento del mercado interior” y solo después, en segundo lugar, hablar del objetivo de

“promover la adopción de una inteligencia artificial (IA) centrada en el ser humano y fiable, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales, en particular la democracia, el Estado de Derecho y la protección del medio ambiente, frente a los efectos perjudiciales de los sistemas de inteligencia artificial («sistemas de IA») en la Unión, así como brindar apoyo a la innovación” (art. 1)³⁴.

Hemos visto también que la Ley no solo se refiere a los derechos fundamentales como un valor abstracto, sino también especifica este valor a través de derechos concretos, como los de no discriminación, protección de datos, propiedad intelectual e industrial, derecho a la igualdad, libertad de asociación y de reunión, derechos procesales, derechos de las personas con discapacidad y los menores de edad, derecho a la buena administración, libertad de expresión e información y otros.

Pero hay derechos que siguen apartados y que la Ley no considera explícitamente. En lo que sigue abordo algunas ausencias entre los derechos fundamentales a los que se refiere la Ley de la IA y explico por qué y cómo la IA podría ser la herramienta útil para estos derechos.

En primer lugar, se trata del derecho a la libertad de esclavitud y trabajo forzado (art. 5 de la Carta). En particular, se trata del fenómeno de la esclavitud moderna que engloba los fenómenos del trabajo forzado, trabajo in-

³⁴ Viene natural sugerir invertir el orden de objetivos.

fantil, matrimonio forzado, trata de personas, trata de niños, y la sustracción de órganos³⁵. En particular, la esclavitud moderna ha sido relacionada con las cadenas de suministros y la IA ha sido señalada como herramienta para detectarlo: por ejemplo, se trata de implementar la IA como un componente del procedimiento de la debida diligencia aplicada a la esclavitud moderna junto a los componentes de Blockchain y la identidad digital soberana³⁶ o integrar la IA en la detección automatizada de la vigilancia digital de las redes de suministros³⁷.

La Ley de la IA trata el tema del trabajo y los posibles abusos a los trabajadores, pero no entra en el tema más amplio del uso de IA para averiguar y controlar las cadenas de suministros de las empresas que actúan dentro de la UE para así prevenir y detectar cualquier tipo de favorecimiento de las distintas formas de esclavitud moderna³⁸.

Otros derechos fundamentales que no han sido suficientemente tratados y analizados encontramos los derechos de las personas mayores que, en la opinión de quien escribe, no son suficientemente garantizados y explo-

³⁵ Véase, entre muchos, ACNUR, 2023, "Esclavitud moderna: qué es, qué tipos existen y cómo combatirla", (<https://eacnur.org/es/blog/que-tipos-de-esclavitud-hay-en-el-siglo-xxi>, última consulta 11 de febrero 2024); N. SZABLEWSKA, "Modern Slavery and Migrant Smuggling: A Sustainable Development Perspective", *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. Especial 6, 2022, 189-209; M. A. IGLESIAS VÁZQUEZ Y J. J. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, "La moderna esclavitud y los trabajos forzados: una mirada desde derecho internacional actual y su (in)eficacia", *Cadernos de Derecho Actual*, núm. 10, 2018, pp. 119-146.

³⁶ En este caso la IA podría ser utilizada para averiguar las condiciones del trabajo, los horarios, tratamiento de los trabajadores y ausencia de violencia en las relaciones laborales, etc. Más sobre esta posibilidad, véase P. TAMBE y P. TAMBAY, "Reducing Modern Slavery Using AI and Blockchain", *2020 IEEE/ITU International Conference on Artificial Intelligence for Good (AI4G)*, 2020, pp. 22-27.

³⁷ Véase A. BRINTRUP et al., "Digital supply chain surveillance using artificial intelligence: definitions, opportunities and risks", *International Journal of Production Research*, 2023 (<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/00207543.2023.2270719?scroll=top&needAccess=true>, última consulta 2 febrero 2024): los autores también advierten sobre los peligros de IA relacionados a su falta de transparencia, errores en generar y predecir resultados y falta de buenas prácticas compartidas entre distintos sectores industriales y comerciales.

³⁸ Hay que subrayar que la UE está trabajando en este sentido a través de otras herramientas normativas, cómo por ejemplo una propuesta del Reglamento para prohibir productos hechos a través del trabajo forzado en el mercado único (*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on prohibiting products made with forced labour on the Union Market*, COM(2022)0453) ([https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2022/0269\(COD\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2022/0269(COD)), última consulta 11 de febrero 2024).

rados³⁹: estamos entrando en la era donde los nativos digitales y las nuevas generaciones que siguen estarán mucho mejor preparadas para responder a los riesgos de la IA, pero mientras tanto lo mismo no se puede decir de los mayores que ya son apartados de muchas actividades y servicios públicos a causa de brecha digital⁴⁰. La sociedad, siempre más longeva y siempre más avanzada en edad, tendría que poner más el enfoque en este creciente grupo social y aumentar su participación en la toma de decisiones: habría que preguntarse qué es una vida digna –que por cierto la Carta garantiza en su artículo 25 para los mayores– en el siglo de IA?

En tercer lugar, se trata de los derechos de las personas con discapacidad⁴¹. En su estado actual, la Ley de la IA trata los derechos de las personas con discapacidad garantizando su protección contra los sesgos y efectos discriminatorios y dedicando una parte muy breve a las cuestiones de accesibilidad e inclusión. Pero si acudimos a la Carta –artículo 26– leemos que el objetivo no es solo proteger, sino garantizar “el derecho [...] a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”. Esa garantía al derecho de beneficiarse –¿un eco al derecho a la ciencia de la Declaración Universal de los Derechos Fundamentales?– no se encuentra en la actual versión de los *Considerandos* ni de la Ley misma; es una ocasión perdida tratar la IA como una medida que garantice todos estos bienes (autonomía, integración social y profesional y la participación en la vida de la comunidad). Se podrían dar muchos ejemplos de cómo la IA podría ser utilizada para alcanzar estos bienes: desde la participación democrática hasta la búsqueda de empleo, la IA puede mejorar las vidas de las personas excluidas, de forma que utilizar la IA como herramienta para lograrlo es no solo necesario sino obligatorio para una sociedad inclusiva y abierta.

³⁹ Necesidad de más investigación también subraya K. LOVEYS et al, “Artificial intelligence for older people receiving long-term care: a systematic review of acceptability and effectiveness studies”, *The Lancet: Healthy Longevity*, vol. 3, núm. 4 ([https://www.thelancet.com/journals/lanhl/article/PIIS26667568\(22\)00034-4/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lanhl/article/PIIS26667568(22)00034-4/fulltext), última consulta 2 de febrero 2024).

⁴⁰ Véase, S. J. CZASA y M. CERUSO, “The Promise of Artificial Intelligence in Supporting an Aging Population”, *Journal of Cognitive Engineering and Decision Making*, vol. 16, núm. 4, 2022, pp. 182-193. También S. PADHAN et al, “Artificial Intelligence (AI) and Robotics in Elderly Healthcare: Enabling Independence and Quality of Life”, *Cureus* vol. 15, núm. 8 (<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC10474924/>, última consulta 11 de febrero 2024) quienes en general invitan a re-pensar el envejecimiento y utilizar la terminología positiva en hablar sobre la misma.

⁴¹ Más sobre los derechos de las personas con discapacidad, véase R. DE ASÍS ROIG, *Sobre Discapacidad y Derechos*, Dykinson, Madrid, 2013.

En el sentido más amplio –y esta parte ya se aleja un poco más de la idea de visión proactiva de la IA versus defensiva que argumenté hasta este punto– desde hace ya un tiempo que estamos observando un cambio, es decir, la colectivización de los derechos fundamentales que gracias a los avances tecnológicos no son ya fuente de peligro para los derechos de los individuos, sino para los derechos de los colectivos. La idea de los derechos colectivos no es nueva: Gregorio Peces-Barba introdujo una amplia clasificación de derechos colectivos⁴², diferenciando entre los derechos colectivos en general –los de las sociedades mercantiles, por ejemplo– y derechos colectivos fundamentales que son los derechos fundamentales que se reconocen a los sujetos colectivos⁴³.

Es cierto que la IA está influyendo el debate y el desarrollo de los derechos colectivos entendidos como derechos que tienen como sujeto no un individuo, sino un grupo de personas o un colectivo más genérico, y hay que prestar mucha atención a estas influencias. Es interesante identificar los derechos fundamentales individuales más impactados por la IA y entender si no tendría sentido entenderlos como colectivos en la era de IA. En la opinión de la autora, entre los derechos fundamentales que nos causan más preocupación están el derecho a la privacidad y protección de datos, el derecho a la no discriminación, el derecho a la libertad de expresión (que también incluye el derecho a la información), entre otros.

Probablemente la necesidad de hablar de derechos colectivos y la IA está en alguna manera fundada en la irrelevancia del individuo para el funcionamiento de IA: es decir, la IA funciona en base a las enormes cantidades de datos, entre los que se establecen patrones, relaciones, causas-efectos, y mucho más, pero para poder extraer estos aspectos funcionales de datos se necesitan muchos más datos de los que podría producir y generar una sola persona. Es decir, sin ninguna duda cada uno aportamos nuestros datos, pero esos datos tienen valor si y solo si representan un conjunto que permite y abre la puerta a distintas operaciones de comparación, búsqueda y otras.

⁴² Vid. G. PECES-BARBA, “Los derechos colectivos”, VVAA. en ANSUÁTEGUI ROIG, J. (Coord.) *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 67-76.

⁴³ Peces-Barba también explica lo que derechos colectivos no son: por ejemplo, no lo son lo que muchas veces se llaman “derechos” del Gobierno cuando se refiere a las competencias del Gobierno. Tampoco lo son derechos de los individuos que representan un colectivo, cómo por ejemplo derechos individuales de una persona con discapacidad que es parte de un colectivo (de personas con discapacidad) pero sus derechos son individuales y su voluntad también es individual. Vid. G. PECES-BARBA, “Los derechos colectivos”, cit., pp. 67-69.

De esta reflexión emerge la pregunta sobre el derecho a la privacidad y protección de datos ya no solo como derecho individual, sino también como un derecho colectivo.

Es verdad que la Ley de la IA en general y también los *Considerandos* subrayan que no se trata solo de los derechos individuales, sino también de los derechos de los grupos de las personas: se podría leer como una apertura a la nueva interpretación de los derechos fundamentales que se aleja de su enfoque individual y responde más a la necesidad de ver los derechos fundamentales como atribuibles a un grupo.

Desde este punto de vista se podría hablar de una paradoja: la amenaza y los riesgos de la IA nos une como personas y nos invita a vernos a nosotros mismos no solo como individuos, sino también como un grupo, una comunidad, un conjunto de las personas que comparten preocupación y visión crítica al uso de la tecnología (basada en IA o no) como solución a cualquier problema. Vista así, la IA es una realidad que nos une más que nos divide.

Un argumento más porque tenemos que tratar los derechos colectivos en relación con IA es que los avances de IA, y en especial los modelos que pueden generar imágenes, videos y audio-materiales completamente falsos y imposibles a distinguir de los contenidos verdaderos, pueden causar serios daños a nuestras democracias, y el derecho a la democracia no es un derecho individual, sino un derecho colectivo.

5. CONCLUSIONES Y EL FUTURO

En este breve escrito, hemos hecho una incursión en el debate sobre la Ley de la IA que ha visto la luz hace muy poco. Lo que esta Ley significa para los derechos fundamentales lo descubriremos en seguida y seguramente sus debilidades saldrán a la luz del día desarrollando, implementando y utilizando esos sistemas en el funcionamiento de la sociedad.

Las críticas y propuestas de la sociedad civil envían un mensaje claro que se espera mucho de la UE que en otros contextos ha sido ejemplar en tratar asuntos de enorme complejidad. Cómo siempre la realidad es la que es y el trabajo del legislador es encontrar equilibrio entre distintos intereses y encontrar la manera –sobre todo es este caso particular– de ser abierto a la innovación y desarrollo sin traicionar sus ideales y principios y también teniendo en cuenta las contradicciones sociales como, por ejemplo, la seguridad de la población por un lado y la protección de datos personales por otro.

Hablando de la bomba de hidrogeno, el filósofo escoces Donald MacKinnon notaba que se trata de algo “[...] que hemos escogido desarrollar y utilizar. Hablamos de elecciones que hemos hecho de verdad, no de acontecimientos en los que hemos acabado involucrados [...]”⁴⁴. El mismo razonamiento se aplica a la IA: muchas veces corremos el riesgo de olvidarnos de que la IA puede parecer un acontecimiento, pero no lo es. Es una tecnología que “hemos escogido desarrollar y utilizar”. El problema muchas veces parece ser que el desarrollo tecnológico involucra siempre menos los ciudadanos: hay maneras de recuperar la voz de la sociedad y la vía normativa muchas veces es una de ellas. Esta Ley representa la vía normativa, y por cuanto es imperfecta, manda una clara señal de que los derechos fundamentales siguen sobre la mesa sea cual sea la tecnología y que son la única opción para los Estados miembros de la UE que se definen cómo democráticos.

MIGLE LAUKYTE
*Departamento de Derecho
Universidad Pompeu Fabra
c/ Ramón Trías Fargas 25-27
Barcelona 08005
e-mail: migle.laukyte@upf.edu*

⁴⁴ Citación de sus palabras en el libro C. MAC CUMHAILL y R. WISEMAN, *Animales metafísicos: cuatro mujeres que hicieron renacer la filosofía*, Anagrama, Barcelona, 2024, p. 366.