

Ni los desarrolladores de inteligencia artificial, ni los sistemas autónomos son ángeles. Diez ideas fuerza sobre la necesaria regulación

estudio introductorio a Adrián Palma Ortigosa, *Decisiones automatizadas y protección de datos personales*. Especial atención a los sistemas de inteligencia artificial, Dykinson, 2022

“Si los hombres fueran ángeles, no sería necesario ningún gobierno. Si los ángeles gobernaran a los hombres no sería necesario ningún control ni externo ni interno sobre el gobierno”.

James Madison, El Federalista 51

Lorenzo Cotino Hueso¹

Catedrático de Derecho Constitucional Universidad de Valencia.

El presente libro procede del trabajo doctoral de Adrián Palma, la mejor tesis doctoral que he tenido la suerte de dirigir. Es con diferencia el mejor, más sistemático y exhaustivo estudio de la proyección del régimen de protección de datos respecto de las decisiones automatizadas y especialmente con miras al fenómeno de la inteligencia artificial (IA). Ha de constituir, sin duda, la obra de referencia sobre la materia. No hay un solo apartado de este estudio que no esté severamente meditado y discutido en los años de profundo trabajo y estudio del Doctor Palma. Y ha sido un placer intelectual acompañar y en su caso reorientar tales esfuerzos. Egoístamente, me han obligado a pensar y repensar sobre la proyección del régimen de protección de datos a decisiones algorítmicas y automatizadas, un tema que me atrae hace años². Y no debe olvidarse que las obligaciones de protección de datos van a seguir aplicándose en difícil concurrencia con las nuevas obligaciones del reglamento de IA de la UE. De hecho, éste es un problema por cuanto una y otra norma parece que se desconozcan mutuamente y van a dar lugar a dificultades cumplimiento normativo. Adrián Palma ha tenido que afrontar una norma (el RGPD) no pensada para proyectarse generalmente en un ámbito nuevo (la IA). De hecho, como luego recuerdo, el RGPD ya no da más de sí. Ello ha generado entre otras dificultades a los efectos de la tesis doctoral, la de los problemas de sistemática a la hora de organizar en el estudio todas las exigencias de la protección de datos a este campo. El Doctor Palma ha intentado resolver no pocos de los muchísimos problemas y cuestiones que la doctrina y práctica actual aún no da por resueltos. Podrán acogerse o no sus (muchas) propuestas, pero difícilmente podrán descartarse por no estar meditadas y fundadas. Espero que el libro tenga el alcance que se merece. Adrián ya ha tenido su reconocimiento como doctor y se augura un excelente futuro en la Universidad española. Y especialmente para

¹ El presente estudio es resultado de investigación del proyecto “Derecho, Cambio Climático y Big Data”, Universidad Católica de Colombia. De igual modo, realizado en el marco de los proyectos MICINN Retos “Derechos y garantías frente a las decisiones automatizadas...” (RTI2018-097172-B-C21); “La regulación de la transformación digital y la economía colaborativa” Prometeo/2017/064 Generalitat Valenciana, 2017-2021 y “Algorithmic law” (Prometeo/2021/009, 2021-24).

² “Derechos y garantías ante el uso público y privado de IA, robótica y big data”, en Bauzá, Marcelo (dir.), *El Derecho de las TIC en Iberoamérica*, Obra Colectiva de FIADI (Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática), La Ley- Thompson-Reuters, Montevideo, 2019, págs. 917-952, isbn 978-9974-900-17-2 <http://links.uv.es/BmO8AU7>.

mí es un orgullo que sea además en la Universidad de Valencia. El Doctor Palma se integra en un grupo, del que también formo parte, que me atrevo a decir que es con diferencia el más destacado en España en Derecho de la IA.

Con motivo de prologar esta obra, me permito condensar 10 puntos, 10 ideas fuerza que considero que pueden ser de interés. Espero que puedan resultar de interés, aunque sea como modesto *telonero* de presentación de este libro.

1. La IA penetra hoy en nuestras vidas. Y más lo va a hacer.
2. El Derecho también tiene que proteger el desarrollo de la IA y acompañar e impulsar la innovación
3. Estamos jugando con fuego y hay que evitar “quemarnos” y, sobre todo, mantener el control colectivo y particular del uso de la IA.
4. La proyección del régimen de datos personales a la IA y la necesidad de nueva normativa.
5. La dignidad y la dimensión objetiva de los derechos como premisas de todo tratamiento jurídico de la IA.
6. Un nuevo modelo de Derecho a partir de la responsabilidad proactiva de protección
7. La parte esencial son las evaluaciones de riesgos y los estudios impacto, que han de pasar a ser multirriesgo.
8. Las nuevas obligaciones preventivas para los sistemas de alto riesgo del Reglamento de IA.
9. La necesidad de superar una visión subjetivista del derecho de protección de datos personales
10. También es necesario introducir fórmulas de control colectivo y participación social

1. *La IA penetra hoy en nuestras vidas. Y más lo va a hacer.* Decide qué leemos, oímos y vemos en plataformas y redes y por ello cómo percibir el mundo. Decide con quienes relacionarnos, incluso en lo más íntimo. Decide qué compramos e incluso fija un precio específico para nosotros. Decide con quién contrata la empresa (incluso en el sector público). En muchos trabajos, decide qué hacer y cuándo, nos controla y evalúa. Va a decidir en buena parte a qué colegio o a qué universidad irán nuestros hijos. También la IA elige y propone muchos tratamientos médicos o de asistencia social. Igualmente es el dedo que nos preselecciona para ser inspeccionados, o directamente sancionados. Y si no decide ya, casi lo hace a un ser humano que muchas veces asume acríticamente sus propuestas. También con IA se apoyan las decisiones políticas y administrativas para mejorar la movilidad, la sostenibilidad, la educación, salud, etc. Y muy pronto las decisiones judiciales. Por lo general, cada uno de nosotros ni sospechamos todo lo que ya hace, ni la sociedad civil. Y no siempre podemos estar muy seguros de que el sector privado o público que utiliza la IA tiene un control y conocimiento pleno de lo que hace.

2. Lejos de un escenario tenebroso, el punto de partida no puede ser otro que estar seguro de que la IA es el futuro. No hay marcha atrás. Y *el Derecho también tiene que proteger el desarrollo de la IA y acompañar e impulsar la innovación* constante, pues puede ser muy positiva para toda la humanidad. Al igual que la electricidad o el propio internet, tendremos algo muy parecido a un derecho a la IA, con obligaciones a nuestros poderes públicos de fomento, desarrollo y usos específicos de la IA, al menos en sectores específicos. Y si no

es un derecho, habrá una indudable conexidad de la IA con muchos derechos fundamentales. Así, puede ser impensable en poco tiempo que exijamos el uso de sistemas inteligentes en ámbitos como la investigación, la salud, el transporte, la sostenibilidad, la educación y un largo etcétera.

3. Pero bueno, más allá de la cara amable de la IA, hay un lado mucho más oscuro. *Estamos jugando con fuego y hay que evitar “quemarnos” y, sobre todo, mantener el control colectivo y particular del uso de la IA.*

Los hombres integrados en equipos y entidades que diseñan la IA no son ángeles, por lo que sí que es necesario un gobierno -y, por tanto un Derecho y no sólo una Ética- de la IA. En ocasiones, los desarrolladores son auténticos *demonios* persiguiendo finalidades privadas (y públicas) por los caminos inadmisibles, consciente o inconscientemente. No pondré por escrito ejemplos de ello. No obstante, las de las veces los desarrolladores son eso, hombres y mujeres con todos los tipos conocibles de imperfecciones y sesgos que proyectan a sus sistemas de IA.

Añadía Mádison que “Si los ángeles gobernaran a los hombres no sería necesario ningún control ni externo ni interno sobre el gobierno”. Pues bien, la IA y los sistemas autónomos con autoaprendizaje en cierto modo cobran cierta independencia de su diseñador y creador. Y así las cosas, *estos sistemas autónomos tampoco son ángeles*, sino que pueden convertirse también en auténticos demonios. Pues bien, es necesario que el ser humano *no corte el cordón umbilical* con estos sistemas autónomos, pues es necesario un control interno y externo de los mismos y la posibilidad en su caso de desconexión de los mismos.

Se ha dicho que estamos cruzando del *robocom*, rememorando el río Rubicón que los generales romanos no podrían cruzar en armas. Es el momento de que nosotros contremos a la IA y a las tecnológicas o nos controlen ellas a nosotros. Y el papel del Derecho es fundamental frente a los nuevos riesgos³.

4. *La proyección del régimen de datos personales a la IA y la necesidad de nueva normativa.* Sin ser excesivamente optimista, en primer lugar se ha iniciado la aplicación del Derecho de protección de datos a la IA, lo cual no es poco. La presente obra es el mayor ejemplo de ello. Es el mayor análisis sistemático y exhaustivo de la proyección de este Derecho a la IA. No hay que olvidar que este Derecho va a seguir aplicándose a todos los sistemas de decisiones automatizadas e IA que impliquen el tratamiento de datos personales.

Sin embargo, el Derecho de protección de datos de personales no da más de sí. Es por ello que, en segundo lugar y especialmente la nueva regulación de la IA es inminente en la UE. Creo que al menos en la Unión Europea se están dando todos los pasos posibles para que el desarrollo de la IA sea posible de una manera sostenible para nuestros derechos y los de las futuras generaciones. Esperemos que ello sea así y que la acción -positiva- de la Unión Europea no sea como la de una pequeña aldea de irreductibles galos, frente a una aldea global descontrolada.

5. *La dignidad y la dimensión objetiva de los derechos como premisas de todo tratamiento jurídico de la IA.* La ética de la IA es necesaria y, si se me

³ “Riesgos e impactos del big data, la IA y la robótica y enfoques, modelos y principios de la respuesta del Derecho”, BOIX PALOP, Andrés y COTINO HUESO, Lorenzo (coords.), *Monográfico Derecho Público, derechos y transparencia ante el uso de algoritmos, IA y big data* RGDA *Iustel*, nº 50, febrero 2019. Acceso en completo <https://bit.ly/37RifyJ>

permite, suena muy bien, pero hay que ubicar a la ética en el lugar que corresponde, como expone ya hace unos años⁴. En las muchas declaraciones sobre la ética de la IA son abundantes y por lo general vacuas las afirmaciones de la importancia de la dignidad y los derechos. Sin embargo, hay que subrayar y potenciar realmente a la dignidad su alcance jurídico en el contexto de la IA⁵. Así, la dignidad -como demuestra la jurisprudencia europea y española- jurídicamente es útil para indicar los límites jurídico claro frente a los peligros estructurales de los derechos o de la propia humanidad por el uso de la IA, las barreras infranqueables que deben aplicarse a la IA. La dignidad y la dimensión objetiva de los derechos facilitan el tratamiento internacional bajo la lengua de los derechos; la dimensión axiológica de la dignidad y los derechos permite un nexo de la ética con el Derecho de la IA; facilita la actualización de los derechos existentes ante las tecnologías disruptivas, el reconocimiento legal y especialmente jurisprudencial de nuevos contenidos y garantías de los derechos clásicos en el entorno digital; el mandato de maximización de la eficacia de los derechos obliga a dotar de garantías efectivas a los derechos en el nuevo contexto de la IA, también en su caso a adoptar regulaciones y nuevos criterios jurisprudenciales. El alcance jurídico de la dignidad y la dimensión objetiva de los derechos facilita la superación de un enfoque individualista que es el que prima con los derechos subjetivos, siendo que la IA y el big data afectan esencialmente a la sociedad y colectivos sin que se aprecie el impacto individualmente en los supuestos más importante. También acudir a la dignidad y la dimensión objetiva de los derechos facilita conformar jurídicamente la obligación de que todas las ramas del Derecho, como el Derecho de la competencia u otros, incluyan entre sus objetivos el logro de los derechos. De igual modo, permite dotar de cobertura jurídica a los objetivos sociales del uso de la IA, *IA for good*, sostenibilidad, etc. Asimismo, acudir a estas categorías implica dotar de garantías frente a los riesgos que supone la IA para toda la sociedad, para grupos y colectivos y a generar y regular respuestas y mecanismos de tutela efectivos, entre otros mecanismos de acción colectiva de protección de intereses difusos o colectivos. De igual modo, el alcance jurídico de la dignidad es útil para exigir jurídicamente que la IA no ponga en riesgo a las futuras generaciones y a la humanidad. La dignidad y la dimensión objetiva de los derechos también legitiman jurídicamente la intervención pública con políticas y regulaciones dirigidas al sector privado, de tanta relevancia para la IA, así como impulsar fenómenos de autorregulación y códigos de conducta para garantizar y hacer efectivos los derechos fundamentales desde los sectores industriales, tecnológicos y profesionales del ámbito de la IA y el big data.

6. Un nuevo modelo de Derecho a partir de la responsabilidad proactiva de protección de datos. Como he señalado, el derecho de protección de datos personales y especialmente sus principios han sido la primera respuesta ante

⁴ Sobre el tema, especialmente, “Ética en el diseño para el desarrollo de una IA, robótica y big data confiables y su utilidad desde el derecho” en *Revista Catalana de Derecho Público* nº 58 (junio 2019). También, “Ética, valores y principios del “open data” y los retos futuros de la apertura de datos públicos”, en *El Consultor de los Ayuntamientos* (Wolters Kluwer), monográfico sobre Datos Abiertos, nº 3 junio 2020.

⁵ Desarrollo este tema y alguno de los puntos posteriores en “Nuevo paradigma en la garantías de los derechos fundamentales y una nueva protección de datos frente al impacto social y colectivo de la IA”, en COTINO HUESO, Lorenzo (editor), *Derechos y garantías ante la IA y las decisiones automatizadas*, Thompson-Reuters Aranzadi, FIADI (Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática), Cizur, 2022

las carencias existentes de regulación para las decisiones automatizadas y, en general, la IA. Y lo más importante, sin duda alguna, es el principio de responsabilidad proactiva esencialmente recogido en el RGPD. Este principio se ha proyectado como "IA confiable" por ser "ética en el diseño" como emblema de la marca "IA made in Europe". Lo cierto es que la transformación digital y las tecnologías disruptivas encabezadas con la IA, están haciendo cambiar el Derecho. Un cambio radical o un giro copernicano incluso. No menos de dos mil años hemos seguido un modelo de derechos subjetivos y de regulación reactiva. Para entendernos: hasta ahora esencialmente se nos reconocen unos derechos y se acude al Derecho como una *tirita* que poner cuando tales derechos -u otros bienes- se han lesionado. Así, el Derecho para hacer frente a los desafíos tecnológicos y de la IA se centra en prever de quién y por dónde pueden llegar los posibles golpes y de qué intensidad pueden ser (impactos y riesgos). El modelo de evaluación de riesgos y aplicación de garantías compensatorias que es la médula del RGPD, se erige como el más efectivo y a proyectar en líneas generales frente a los riesgos de la IA. A partir de ahí, preventivamente a quienes desarrollen sistemas de IA que pueden hacer daño se les obliga a poner protecciones y medidas para evitar los impactos y, si los hay, que sean los mínimos. En este nuevo modelo y su regulación, pasa a ser esencial el cumplimiento ético y normativo en el diseño, la responsabilidad proactiva, la privacidad (o ética) en el diseño y por defecto, la responsabilidad demostrada (que se pueda probar que se han ido adoptando todas las medidas y cumpliendo todas las obligaciones). También es relevante la figura de los delegados de protección de datos (o futuro responsables de cumplimiento ético y normativo de IA) en sector público y grandes empresas.

7. *Y la parte esencial son las evaluaciones de riesgos y los estudios impacto, que han de pasar a ser multirriesgo.* Ésta ha de ser la herramienta esencial en el ámbito de la IA. Pero no sólo se ha de trabajar sobre el datos personales, ni siquiera sobre la privacidad en sentido más amplio. También hay que ir más allá de la discriminación. La nueva regulación debe readecuarse hacia un enfoque multirriesgos. Esencialmente Mantelero en Europa destaca en esta visión más amplia.

Las autoridades de protección de datos, bien intencionadas, han ido ampliando su ámbito de actuación hacia todos los derechos y otros bienes jurídicos protegidos. Así, las guías de la ICO, la AEPD sobre el tema intentan incluir la discriminación y otros derechos y bienes jurídicos en los estudios de impacto o en las auditorías que señalan que deben realizarse. El grupo de altos expertos de IA de la Comisión Europea ya en 2019 tuvieron claro que hay que superar el estrecho marco de los derechos de protección de datos, e incluso de los derechos y hay que analizar los impactos incluso en el ámbito de la sostenibilidad y medio ambiente, así como otros bienes sociales y colectivos.

8. *Las nuevas obligaciones preventivas para los sistemas de alto riesgo del Reglamento de IA.* A partir del modelo de protección de datos, las obligaciones preventivas de la futura regulación europea pasa a regular obligaciones de calidad y gestión y gobernanza del dato. Si los datos de los que se alimenta la IA son basura, sus resultados necesariamente serán basura. De igual modo, se dan obligaciones de documentar lo que se hace y cómo se hace, incluir bases de datos o registros a los que se tienen que inscribir quienes producen IA peligrosa. Se trata de los sistemas de IA más peligrosos estén localizados y que se puedan vigilar, así como trazar exactamente cómo han funcionado, así como

verificar que cumplen las obligaciones preventivas. Asimismo, al menos para los sistemas peligrosos, se hace preciso diseñar el sistema algorítmico de manera que pueda ser auditable, esto es, creando registros entendibles para que se pueda investigar si funcionó bien en todo momento. Y obviamente el sistema de IA ha de estar bien diseñado y comprobarse que funciona bien en todo momento. También, quienes “fabriquen” IA peligrosa han de cumplir severas reglas de supervisión humana, de solidez y resiliencia del sistema, de precisión y de ciberseguridad. Asimismo estas obligaciones preventivas, al menos para los usos más peligrosos de la IA, pasan porque los sistemas tengan buenos “manuales de instrucciones” y las empresas o administraciones -los usuarios- que los utilicen los conozcan y puedan también dar suficiente información a la ciudadanía, que son los afectados últimos por la IA. Todo el nuevo sistema se inserta en el mecanismo europeo de evaluación de conformidad de productos peligrosos.

9. También en los últimos tiempos he insistido especialmente en *la necesidad de superar una visión subjetivista del derecho de protección de datos personales*, así como de otros derechos de especial proyección para la IA. ha sido muy negativa una visión especialmente subjetiva de un derecho como la protección de datos que nos ha dado el “poder” de consentir o no que traten nuestros datos y ello ha conllevado una real desprotección aparentemente legítima y legal. Como autómatas los humanos clicamos “consentir” y a partir de ahí vale prácticamente todo lo que hacen las plataformas y grandes empresas tecnológicas con nuestros datos. El consentimiento nos ha debilitado y ha legitimado todo tipo de excesos. Además, con la IA el consentimiento pasa a ser casi una entelequia frente a usos futuros de nuestros datos que no se pueden prever. Además, desde la protección de datos, ni siquiera desde los derechos subjetivos se puede enfocar jurídicamente bien el impacto de las tecnologías disruptivas en toda la humanidad, sociedad, colectivos o grupos. Ello choca de natural con la estructura jurídica de los derechos subjetivos fundamentales, lógica y tradicionalmente centrada en las personas individuales. La aplicación del régimen de protección de datos se dificulta y se hace dudosa y vidriosa muy habitualmente en entornos de big data e IA en supuestos habituales en los que la IA genera colectivos y perfiles dinámicos sin tratamiento de datos personales, así como respecto de los tratamientos de datos anonimizados, seudonimizados, agregados, no personales, compuestos. También a los tratamientos de los datos que son producto o que se generan o infieren gracias a la IA. El estudio de Palma a este respecto es especialmente brillante. Por mi parte, considero que lo importante no es tanto la naturaleza del dato, personal o no, sino las garantías para los derechos de las personas que hay detrás de los datos. Así, he sostenido que la solución pasa, en buena medida, por proyectar los principios y elementos básicos del régimen de protección de datos (personales) a los datos no personales, como pueda ser especialmente la necesidad de gobernanza, gestión de la calidad y veracidad de los datos, minimización y medidas de seguridad adecuadas, adecuación, etc.

10. Además del nuevo modelo de responsabilidad preventiva y proactiva, *también es necesario introducir fórmulas de control colectivo y participación social*. Es necesario que nuestras instituciones que formulan leyes, políticas y otras decisiones integren técnicos, juristas y especialistas en Ética y Derecho. De igual modo la sociedad civil es importante que esté presente, especialmente frente a los impactos colectivos y bienes públicos de las tecnologías disruptivas.

Y es que no olvidemos que en la mayoría de los casos, el impacto de la IA no lo podemos percibir individualmente, no afecta -o no parece afectar- a nuestros derechos subjetivos. Sin embargo, todas las decisiones públicas y privadas que se adoptan con base o apoyo de la IA y la explotación masiva de datos. Todas estas decisiones sí que afectan a toda nuestra vida, antes incluso de que salgamos por la puerta de nuestra casa. Es por ello que en los próximos años se deben incorporar cada vez más obligaciones y posibilidades de la sociedad civil esté presente como actor y como garantía. Ello está especialmente unido al modelo análisis multirriesgos hacia el que hay que tender.

Al momento de cerrar estas páginas el Gobierno de España anuncia su liderazgo en Europa al desarrollar un programa piloto para experimentar el cumplimiento del futuro reglamento de IA. Ello va a suponer el primer desarrollo conocido de las guías y normas detalladas que han de cumplirse para que los sistemas de alto riesgo puedan en el futuro acceder al mercado. Sin duda que el tema da para desarrollos, estudios e investigaciones con el propio Adrián Palma. Y es una suerte poder recorrer este apasionante camino juntos.

Konstanz, junio de 2022.