

TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES E INTELIGENCIA ARTIFICIAL: UNA APROXIMACIÓN¹

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA²

SUMARIO: 1.- Introducción: la inteligencia artificial y su incidencia en concretos derechos fundamentales. 2.- Derechos fundamentales e inteligencia artificial en el Estado social, democrático y ¿digital? de Derecho. 3.- La doble dimensión de los derechos fundamentales y la inteligencia artificial. 4.- Titularidad de derechos fundamentales, transhumanismo, robótica e inteligencia artificial. 5.- Los obligados por los derechos fundamentales y la inteligencia artificial. 6.- El objeto de los derechos fundamentales y la inteligencia artificial. 7.- El contenido de los derechos fundamentales y la inteligencia artificial. 8.- Las garantías de los derechos fundamentales frente a eventuales lesiones derivadas del uso de la inteligencia artificial.

RESUMEN: Son cada vez más abundantes los estudios jurídicos dedicados al análisis de cómo la inteligencia artificial (IA) afecta, en un sentido positivo o negativo, al ejercicio de concretos derechos fundamentales. En este trabajo nos centraremos en algo a lo que se ha prestado mucha menos atención y es lo relativo a la conexión entre la citada IA y la teoría general de los derechos fundamentales, es decir, entre la IA y el concepto de derecho fundamental, la delimitación y limitación de su objeto y contenido, su titularidad y eficacia, su suspensión, así como sus garantías y todo ello teniendo bien presente la necesidad de dar respuestas jurídicas y no meramente éticas a los desafíos que supone la IA.

PALABRAS CLAVE:Derechos fundamentales, inteligencia artificial, teoría general de los derechos fundamentales.

1 Este texto es una primera aproximación al análisis de la incidencia de la inteligencia artificial en la teoría general de los derechos fundamentales y tendrá continuidad en un próximo estudio en forma de libro a editar por Marcial Pons y la Fundación Giménez Abad.

Todo lo que en estas páginas se relaciona con la teoría general de los derechos fundamentales deriva del estudio realizado por F. Bastida, I. Villaverde, P. Requejo, M. Presno, B. Aláez, I. Fernández, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004.

2 Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Oviedo.

presno@uniovi.es; presnolinera@gmail.com; blog: <http://presnolinera.wordpress.com> twitter: [@PresnoLinera](https://twitter.com/PresnoLinera); página académica <http://presnolinera.wix.com/presnolinera>

ABSTRACT: There is a growing scholarly literature on the analysis of how artificial intelligence (AI) affects, in a positive or negative sense, the exercise of specific fundamental rights. This paper will focus on something that has been paid far less attention: the connection between the AI and the general theory of fundamental rights, that is, between AI and the concept of fundamental right, the delimitation and limitation of its object and content, its ownership and effectiveness, its suspension, as well as its guarantees. All this aims at giving legal and not merely ethical answers to the challenges posed by AI.

KEY WORDS: Fundamental rights; Artificial intelligence; General theory of fundamental rights

1.- INTRODUCCIÓN: LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SU INCIDENCIA EN CONCRETOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Comencemos asumiendo, entre los diferentes entendimientos posibles, que un sistema de inteligencia artificial (IA en lo sucesivo) es “el *software* que se desarrolla empleando una o varias de técnicas y estrategias y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa” (artículo 3 de 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 artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, de 21 de abril de 2021)³.

3 En la Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, sobre la inteligencia artificial en la era digital se señala que “el término IA es un término genérico que abarca una amplia gama de tecnologías, técnicas y enfoques antiguos y nuevos que se entiende mejor bajo la denominación de «sistemas de inteligencia artificial», que se refiere a cualesquiera sistemas automatizados que a menudo apenas tienen nada más en común que estar guiados por un conjunto dado de objetivos definidos por el ser humano, con distintos grados de autonomía en sus acciones, e intervenir en predicciones, recomendaciones o tomas de decisiones basadas en los datos disponibles; señala que, si bien algunas de esas tecnologías ya se utilizan de forma generalizada, otras aún están en fase de desarrollo o incluso son solo conceptos especulativos que pueden existir o no en el futuro... hay una diferencia significativa entre la IA simbólica, que constituye el principal enfoque de la IA entre los años cincuenta y los años noventa, y la IA basada en datos y aprendizaje automático, que domina desde el año 2000; aclara que durante la primera oleada, la IA se desarrolló codificando los conocimientos y la experiencia de los expertos en un conjunto de reglas que luego ejecutaba una máquina. Observa que en la segunda oleada, los procesos de aprendizaje automatizados de algoritmos basados en el procesamiento de grandes cantidades de datos, la capacidad de reunir datos procedentes de múltiples fuentes diferentes y de elaborar representaciones complejas de un entorno dado, y la determinación de patrones convirtieron a los sistemas de IA en sistemas más complejos, autónomos y opacos, lo que puede hacer que los resultados sean menos explicables; destaca que, en consecuencia, la IA actual puede clasificarse en muchos subcampos y técnicas dif-

Pues bien, en el primer párrafo del Libro Blanco sobre la inteligencia artificial de la Comisión Europea, de 19 de febrero de 2020, se dice que “la IA se está desarrollando rápido. Cambiará nuestras vidas, pues mejorará la atención sanitaria (por ejemplo, incrementando la precisión de los diagnósticos y permitiendo una mejor prevención de las enfermedades), aumentará la eficiencia de la agricultura, contribuirá a la mitigación del cambio climático y a la correspondiente adaptación, mejorará la eficiencia de los sistemas de producción a través de un mantenimiento predictivo, aumentará la seguridad de los europeos y nos aportará otros muchos cambios que de momento solo podemos intuir. Al mismo tiempo, la IA conlleva una serie de riesgos potenciales, como la opacidad en la toma de decisiones, la discriminación de género o de otro tipo, la intromisión en nuestras vidas privadas o su uso con fines delictivos”

Así pues, la Comisión Europea asume algo que parece de todo punto inevitable: que la IA va a cambiar –es seguro que ya lo está haciendo– nuestras vidas y, en consecuencia, esa transformación afectará, según el trabajo de investigación del Consejo de Europa sobre algoritmos y derechos humanos, a un gran número, sino a la práctica totalidad, de nuestros derechos fundamentales⁴; así, a título meramente ejemplificativo y no exhaustivo, al derecho a la libertad personal y, muy relacionado con él, al derecho a un juicio justo y a la tutela de los tribunales; en segundo lugar, a los derechos de las personas en su dimensión más privada, como el derecho a la intimidad y a la protección de datos; en tercer lugar, a los derechos vinculados a la dimensión pública y relacional de las personas, como las libertades de expresión, información, creación artística e investigación pero también a las libertades de reunión y asociación, tanto en el plano meramente ciudadano como en lo que se refiere, por ejemplo, al ámbito laboral (libertad sindical, derecho de huelga); en cuarto lugar, y a su vez vinculado a muchos otros derechos, al de no sufrir discriminación por raza, género, edad, orientación sexual...; en quinto lugar, a los derechos dependientes del acceso a los servicios públicos (educación, sanidad...) y, en general, a los derechos sociales (prestaciones por desempleo, enfermedad, jubilación...); finalmente, y por no extendernos mucho más, al derecho a intervenir en procesos participativos de índole política (elecciones, referendos, iniciativas legislativas populares...) y en, general, a las libertades en el ámbito ideológico (de pensamiento, conciencia y religión).

Pues bien, una vez hemos mencionado estos ejemplos de singulares derechos fundamentales afectados por la IA, a continuación trataremos de abordar algo a lo que se ha prestado mucha menos atención que a los concretos riesgos respecto de determinados derechos y es lo relativo a la conexión entre la citada

erentes, por lo que el aprendizaje profundo es, por ejemplo, un subcampo del aprendizaje automático, que a su vez es un subcampo de la IA...”

4 *Algorithms and Human Rights. Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications*, Published by the Council of Europe, 2018, disponible en <https://rm.coe.int/algorithms-and-human-rights-en-rev/16807956b5> (a 21 de abril de 2022).

IA y la teoría general de los derechos fundamentales, es decir, entre la IA y el concepto de derecho fundamental, la delimitación y limitación de su objeto y contenido, su titularidad y eficacia, su suspensión, así como sus garantías y todo ello teniendo bien presente la necesidad de dar respuestas jurídicas y no meramente éticas a los desafíos que supone la IA.

A este respecto, la Unión Europea aspira “a definir el enfoque regulador, incluida la protección de los derechos y las libertades fundamentales, y actuar como un referente normativo a escala mundial; destaca, por tanto, la importancia de la competitividad europea en materia de IA y la capacidad de la Unión para configurar el panorama normativo a escala internacional... [dado] que determinados usos de la IA pueden plantear riesgos individuales y sociales que pueden poner en peligro los derechos fundamentales... deben ser abordados por los responsables políticos, posibilitándose con ello que la IA se convierta efectivamente en un instrumento al servicio de las personas y la sociedad, en pos del bien común y del interés general... [pero] habida cuenta de la velocidad del desarrollo tecnológico, la regulación de los sistemas de IA de alto riesgo debe ser flexible y estar orientada al futuro... el establecimiento del primer marco regulador del mundo en materia de IA podría suponer una ventaja para la Unión, como pionera, para establecer normas internacionales de IA basadas en los derechos fundamentales, así como para exportar con éxito la «IA de confianza» centrada en el ser humano a todo el mundo; subraya que es necesario apoyar este planteamiento mediante la coordinación regulatoria y la convergencia con socios democráticos afines” (Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, sobre la inteligencia artificial en la era digital, párrafos 10, 19 y 104).

2. DERECHOS FUNDAMENTALES E INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL ESTADO SOCIAL, DEMOCRÁTICO Y ¿DIGITAL? DE DERECHO.

Como es conocido, el artículo 1.1 de la Constitución española (CE) afirma que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”; se trata de un precepto, que más de cuarenta años después, se inserta en la corriente inaugurada por la Constitución italiana de 1947 –“Italia es una República democrática fundada en el trabajo” (artículo 1)- y continuada, por citar algunos ejemplos, por la Ley Fundamental alemana de 1949 –“La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social” (artículo 20.1)-; la Constitución francesa de 1958 –“ Francia es una República indivisible, laica, democrática y social” (artículo 1.1)- o la Constitución portuguesa de 1976 –“La República Portuguesa es un Estado de derecho democrático,..., con el objetivo de lograr la democracia económica, social y cultural y profundizar en la democracia participativa” (artículo 2)-.

En estos Estados sociales y democráticos de Derecho y en relación con los derechos fundamentales, la *revolución digital* aporta una doble vertiente: por un lado, la interacción entre la computación, la electrónica, las telecomunicaciones, la matemática, la ingeniería, la inteligencia artificial, la robótica y otras ciencias conexas, puede generar nuevas e importantes facultades que se interpreten como parte del objeto de los derechos fundamentales ya reconocidos y, en su caso, se plasmen en las leyes que los desarrollen o, incluso, puede dar lugar a la necesidad de promover cambios constitucionales que incorporen otros derechos, como ha empezado a ocurrir con los llamados “neuroderechos”⁵, que ya han sido reconocidos en fechas recientes (25 de octubre de 2021) en la Constitución chilena, cuyo artículo 19.1 *in fine* dispone que “El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella”⁶.

-
- 5 Cabe mencionar la *NeuroRights Initiative*, que ha sido promovida por el Centro de Neurotecnología de la Universidad de Columbia, y que aspira a que se reconozcan, en el plano internacional y nacional, los siguientes derechos: 1) el derecho a la identidad, evitando el riesgo de control externo de la integridad física y mental; 2) el derecho a la libertad de pensamiento y el libre albedrío para elegir las propias acciones frente a manipulaciones externas; 3) el derecho a la privacidad mental como capacidad de mantener los propios pensamientos protegidos frente a divulgaciones no consentidas; 4) el derecho a que los beneficios de las mejoras de la capacidad sensorial y mental a través de la neurotecnología se distribuyan de forma justa entre toda la población, y 5) el derecho a la protección contra el sesgo algorítmico, o la capacidad de garantizar que las tecnologías no introduzcan prejuicios; al respecto, Rafael Yuste/Jared Genser/Stephanie Herrmann “It’s time for Neuro-Rights?”, *Horizons*, n° 18, disponible en <https://www.cirsd.org/en/horizons/horizons-winter-2021-issue-no-18/its-time-for-neuro-rights> (a 21 de abril de 2022); en la doctrina española, N. Reche Tello “Nuevos derechos frente a la neurotecnología: la experiencia chilena”, *Revista de Derecho Político UNED*, n° 112, 2021, pp. 415-446.
- 6 Sobre la necesidad de atender a la incidencia de informática y la inteligencia artificial en nuestras constituciones, véanse, por ejemplo, en la doctrina española, J. F. Sánchez Barrilao, “El derecho constitucional ante la era de ultrón: la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional”, *Estudios de Deusto*, Vol. 64/2, Julio-Diciembre 2016; del mismo autor, “Derecho constitucional, desarrollo informático e inteligencia artificial: aproximación a la propuesta del Parlamento Europeo a favor de una regulación sobre robótica”, en AA.VV. *Retos jurídicos por la sociedad digital*, Javier Valls Prieto (coord.), Cizur Menos, Thomson Reuters/Aranzadi, 2018, pp. 21-76; J. Sarrion Esteve “El derecho constitucional en la era de la inteligencia artificial, los robots y los drones”, en A. Pérez, G. Teruel, E. Raffiotta, M. Iadico (dirs.), *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, I, pp. 321-334; F. Balaguer Callejón “La constitución del algoritmo. El difícil encaje de la constitución analógica en el mundo digital”, en A. C. Nascimento Gomes, B. Albergaria y M. Rodrigues Canotilho (coord.) *Direito Constitucional: diálogos em homenagem ao 80º aniversário de J. J. Gomes Canotilho*, Belo Horizonte: Fórum, 2021; del mismo autor, “Inteligencia artificial, democracia y derechos”, en W. Guerra Filho, L. Santaella, D- Kaufman, P. Cantarini *Direito e Inteligência Artificial: Fundamentos*, Volumen 1, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2021; M. Hernández Ramos *Una mirada a la inteligencia artificial desde el Derecho constitucional*, Texto inédito amablemente facilitado por el autor, 2021.

A este respecto, desde el Parlamento Europeo se “pide a la Comisión que estudie la posibilidad de presentar una iniciativa relativa a los neuroderechos, con el objetivo de proteger el cerebro humano contra la injerencia, la manipulación y el control por parte de la neurotecnología impulsada por la IA [y] anima a la Comisión a que defienda una agenda de neuroderechos a nivel de las Naciones Unidas con el fin de incluir estos derechos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, concretamente en lo que respecta a los derechos a la identidad, al libre albedrío, a la privacidad mental, a la igualdad de acceso a los avances en materia de aumento del cerebro y a la protección frente al sesgo algorítmico” (Resolución sobre la inteligencia artificial en la era digital, párrafo 247).

Por su parte, el Gobierno español ha promovido la elaboración de la llamada Carta de derechos digitales⁷, culminada el 14 de julio de 2021, pero se trata de un texto sin valor jurídico alguno y es que, como se declara en las llamadas “Consideraciones previas”, “no trata de crear nuevos derechos fundamentales sino de perfilar los más relevantes en el entorno y los espacios digitales o describir derechos instrumentales o auxiliares de los primeros... La Carta no tiene carácter normativo, sino que su objetivo es reconocer los novísimos retos de aplicación e interpretación que la adaptación de los derechos al entorno digital plantea, así como sugerir principios y políticas referidas a ellos en el citado contexto. Con ello, también, proponer un marco de referencia para la acción de los poderes públicos de forma que, siendo compartida por todos, permita navegar en el entorno digital en que nos encontramos aprovechando y desarrollando todas sus potencialidades y oportunidades y conjurando sus riesgos. Y contribuir a los procesos de reflexión que se están produciendo a nivel europeo y, con ello, liderar un proceso imprescindible a nivel global para garantizar una digitalización humanista, que ponga a las personas en el centro”.

La Carta menciona la indudable base que supone el Título X de la vigente Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y el más reciente Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, el primero de los cuales regula el derecho a la neutralidad de Internet, el de acceso universal a Internet, el derecho a la seguridad digital, el derecho a la educación digital, la protección de los menores en Internet, el derecho de rectificación en Internet, el derecho a la actualización de informaciones en medios de comunicación digitales, el derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral, el derecho a

Para un conocimiento exhaustivo en el ámbito europeo, Varios autores *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, Cambridge University Press, 2021 G. De Gregorio *Digital Constitutionalism in Europe Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge University Press, 2022, <https://doi.org/10.1017/9781009071215> (a 21 de abril de 2022).

7 https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf (a 21 de abril de 2022).

la desconexión digital en el ámbito laboral, el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo, el derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral, los derechos digitales en la negociación colectiva, la protección de datos de los menores en Internet, el derecho al olvido en búsquedas de Internet y en servicios de redes sociales y servicios equivalentes, el derecho a la portabilidad en servicios de redes sociales y servicios equivalentes y el derecho al testamento digital.

No obstante estas previsiones, falta convertir en auténticas normas jurídicas mandatos y prohibiciones específicos en materia de transparencia de los algoritmos, que garanticen un acceso claro y manejable a los datos personales que se usan así como el derecho a compartirlos o transferirlos de manera sencilla; el establecimiento de mecanismos eficaces para combatir las discriminaciones y los sesgos, con especial atención a la protección de las personas y los grupos vulnerables; la regulación del uso de las tecnologías de inteligencia artificial por parte de las autoridades policiales y judiciales así como del registro y la vigilancia humana a través de sistemas de identificación biométrica remota; el régimen de responsabilidad y rendición de cuentas, los derechos de propiedad intelectual derivados del uso de tecnologías relativas a la IA y los derechos de los usuarios y consumidores, especialmente si se trata de dispositivos médicos vitales y avanzados; las obligaciones de los desarrolladores y desplegados de la IA; el régimen de recursos frente a decisiones tomadas por sistemas de IA, robótica o tecnologías conexas; el régimen de uso de las tecnologías de IA en el ámbito de la defensa y la seguridad; la regulación del empleo de la IA para los diferentes sistemas de transporte, en particular para la autorización de los vehículos autónomos; el establecimiento de una autoridad nacional de control...

A este respecto, y como muestra de una Carta con “valor jurídico”, cabe mencionar la aprobación, mediante la Lei n.º 27/2021 de 17 de mayo, de la *Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital*, que incluye, además de la proyección de derechos clásicos, como las libertades de expresión, manifestación, asociación o participación, en el mundo digital, y de reconocer derechos recientes, como el derecho al olvido y la protección contra la geolocalización abusiva, el uso de la inteligencia artificial y los robots: “1. El uso de la inteligencia artificial se guiará por el respeto a los derechos fundamentales, garantizando un justo equilibrio entre los principios de explicabilidad, seguridad, transparencia y responsabilidad, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto y estableciendo procesos para evitar prejuicios y discriminaciones. 2 - Las decisiones tomadas mediante algoritmos que tengan un impacto significativo en los destinatarios deberán ser comunicadas a los interesados, ser susceptibles de recurso y ser auditables en los términos previstos por la ley. 3 - Los principios de beneficencia, no maleficencia, respeto a la autonomía humana y justicia, así como los principios y valores consagrados en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea, a saber, la no discriminación y la tolerancia, se aplicarán a la creación y utilización de robots” (artículo 9).

En todo caso, las regulaciones nacionales de nuestro entorno geográfico y político tendrían que insertarse en un auténtico marco jurídico europeo, que vaya más allá de las recomendaciones y las indicaciones de tipo ético, no en vano en este ámbito juega un papel especialmente relevante el principio de precaución, que está presente en el artículo 18 de la Constitución española (“La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”) y guía la legislación de la Unión Europea y debe ocupar un lugar central en cualquier marco regulador para la inteligencia artificial, aunque hay quien defiende que en este ámbito -y en otros de similar complejidad como la investigación embrionaria humana- debe postularse la superación de la distinción entre Derecho duro vinculante y Derecho blando no vinculante (*hard* y *soft law*) como la mejor opción para una eventual regulación internacional de IA⁸.

Además de la vertiente acabada de comentar, la informática, la IA y la robótica y las tecnologías digitales conexas permean tres principios estructurales del Estado: su carácter de Estado de Derecho, su condición de Estado democrático y la garantía del Estado social.

En lo que al Estado de Derecho se refiere, el uso de esas ciencias debe, primero, someterse al principio de legalidad, tanto en el sentido amplio de este término, entendido como principio de juridicidad o sumisión a normas jurídicas, como en el sentido más preciso de regulación por leyes. Aquí nos encontramos con diferentes retos, aunque el principal sería, hay que insistir en ello, el de sujetar a disposiciones jurídicas y no meramente a dictados éticos el desarrollo, el despliegue y el uso de la informática, la IA, la robótica y las tecnologías conexas. Al respecto el Parlamento Europeo ha sido claro: “los legisladores deben abordar los riesgos que plantea actualmente la toma de decisiones basada en la IA” y pide “un entorno normativo para la IA que proporcione una gobernanza eficaz y garantice la protección de los derechos fundamentales”. Ahora bien, “la IA no siempre debe estar regulada en tanto que tecnología, sino que el nivel de la intervención reguladora debe ser proporcional al tipo de riesgo individual o social que entraña el uso de un sistema de IA; subraya, a este respecto, la importancia de distinguir entre casos de uso de la IA de «alto riesgo» y de «bajo riesgo»; concluye que la primera categoría requiere más salvaguardias legislativas estrictas, mientras que la segunda, en muchos casos requerirá requisitos de transparencia para los usuarios finales y los consumidores” (párrafos 16, 298 y 133 de la Resolución sobre la inteligencia artificial en la era digital).

En el ordenamiento constitucional español, cuando dichas aplicaciones incidan en la titularidad de los derechos fundamentales, en las facultades elementales que los integran en sus varias vertientes, en las garantías fundamentales necesarias para preservarlos frente a las injerencias de los poderes públicos

8 Daniel García San José *La Europa de los derechos ante los avances científicos y tecnológicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 261.

y en la precisión de los límites será precisa su regulación a través de leyes orgánicas.

En segundo lugar, sigue vigente el reto de sujetar a control jurisdiccional la actuación administrativa que se sirva de la informática, la IA, la robótica y las tecnologías conexas y, a este respecto, lo que pretende llevar a cabo la Agencia Tributaria española podría ser un buen ejemplo pues, según su plan estratégico 2020-2023, “aprovechará el potencial que ofrece la tecnología para culminar el proceso de automatización en la tramitación de procedimientos iniciado hace años. De esta forma se liberarán recursos humanos para las actividades de mayor valor añadido, se garantizará un tratamiento uniforme a los contribuyentes, se podrá facilitar el cumplimiento de sus obligaciones y contribuir a erradicar el fraude fiscal. Para ello serán claves tecnologías como el tratamiento del lenguaje natural, el tratamiento avanzado de datos y la inteligencia artificial”.

A esa posibilidad de control jurisdiccional también deben estar sometidas las decisiones de las autoridades administrativas independientes que, a su vez y de acuerdo con las propuestas de las instituciones europeas, actúen como autoridades nacionales de control sobre la aplicación de la IA.

En tercer término, es inherente al Estado de Derecho la garantía de una serie de derechos, inicialmente de índole “civil” y ahora también de carácter democrático y social, y, como hemos visto con más detalle en páginas anteriores, poca duda cabe sobre la necesidad de asegurar el disfrute de tales derechos en un contexto dominado por las tecnologías citadas.

Por lo que hace relación con el Estado democrático, es sabido que son consustanciales al mismo el reconocimiento del pluralismo de los grupos y las asociaciones, el respeto a las minorías y la participación ciudadana en las diferentes funciones del Estado (legislativa, ejecutiva, jurisdiccional), participación que es al tiempo un derecho y un mandato de actuación para los poderes públicos, como se evidencia, por ejemplo, en el artículo 9.2 CE⁹, en la línea, a su vez, del artículo 3.2 de la Constitución italiana¹⁰.

Pues bien, en materia de Estado democrático la informática, la IA, la robótica y las tecnologías conexas deben no solo respetar sino también contribuir al fomento del pluralismo político y social facilitando la participación en los procesos electorales, en las campañas virtuales y en el activismo en línea, así como el diálogo y el debate entre la ciudadanía y sus representantes y gobiernos. Igualmente, deben adoptarse medidas que garanticen un mínimo de igualdad de los procesos electorales, la transparencia de las campañas, el gasto, los men-

9 “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

10 “Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.

sajes y los algoritmos utilizados en la publicidad digital en aras a alcanzar procesos de decisión política lo más justos, limpios y transparentes que se pueda.

A este respecto, en España, como en otros Estados las herramientas electrónicas ya se vienen usando para, por citar algunos ejemplos, agilizar el recuento de cualquier proceso electoral o consulta popular o facilitar la recogida de firmas en una iniciativa ciudadana, pero, a diferencia de lo que ha ocurrido en Estonia, ni el voto electrónico ni, menos todavía, un sistema de votación basado en la tecnología *blockchain*, han generado de momento expectativas amplias ni parecen augurar resultados que sean, en términos participativos, mucho mejores que los mecanismos ahora existentes, a pesar de la manifiesta necesidad de paliar las importantes carencias que presenta hoy el voto por correo postal¹¹.

Finalmente, y a propósito del carácter social del Estado, la dimensión prestacional que lo caracteriza, así como la búsqueda de la mayor igualdad real posible, deben, por una parte, evitar que en la era digital se consoliden sesgos que pueden tener efectos mucho más amplios y afectar y discriminar a numerosas personas sin que existan mecanismos de cierta salvaguardia como los de control social que rigen el comportamiento humano.

Y en lo que respecta al propio acceso de la ciudadanía al mundo digital, su efectividad dependerá de las actuaciones formativas y de las dotaciones económicas que aporten los poderes públicos y, en tal sentido, cabría interpretar que tienen un claro contenido prestacional. En esta línea, la Resolución del Parlamento Europeo de 3 de mayo de 2022 “pide a los Estados miembros que hagan de las capacidades y la alfabetización digitales un componente de la educación básica y el aprendizaje permanente; pide un sistema educativo en materia de IA de alto rendimiento que fomente la alfabetización, las capacidades y la resiliencia digitales desde una edad temprana, comenzando en la educación primaria; hace hincapié en que el desarrollo de planes de estudios eficaces para la educación digital requiere voluntad política, recursos suficientes e investigación científica; pide a la Comisión que promueva la introducción de cursos de competencias computacionales y de IA en todas las escuelas, universidades e

11 En el momento de escribir estas páginas se está debatiendo en el Congreso de los Diputados una proposición de ley de reforma del voto de los ciudadanos españoles que residan en el extranjero en la que se confía en el uso de papeletas electorales que podrán descargarse telemáticamente y es bien conocido que en Brasil el voto es totalmente telemático aunque presencial y en Estonia lleva funcionando desde 2007 un sistema de voto electrónico a distancia; me extendo sobre estas cuestiones en “Premisas para la introducción del voto electrónico en la legislación electoral española”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 173, pp. 277-304; sobre el uso electoral de la tecnología *blockchain*, P. García Majado/M. Á. Presno Linera “Democracia local y tecnología *blockchain*”, en G. M. Díaz González *Blockchain y Gobiernos locales*, Madrid, Fundación Democracia y gobierno local, 2022, pp. 237-274; más en general, J. Castellanos Claramunt *Participación ciudadana y buen gobierno democrático: posibilidades y límites en la era digital*, Marcial Pons, 2020; también M. O. Sánchez Martínez “Desafíos democráticos en el ecosistema digital”, en José Ignacio Solar Cayón (ed.) *Dimensiones éticas y jurídicas de la inteligencia artificial en el marco del Estado de Derecho*, Universidad de Alcalá/Defensor del Pueblo, 2020, pp. 79-119.

instituciones educativas europeas; recalca que dicho desarrollo de capacidades es necesario en la misma medida en la educación de adultos que en la educación primaria y secundaria; solicita una iniciativa política global y coherente de la Comisión y de los Estados miembros sobre las capacidades y la educación en materia de IA a escala de la Unión, así como una iniciativa legislativa sobre la IA en el lugar de trabajo” (párrafo 205).

Además, la dimensión social de los derechos, unida al principio democrático, da una nueva perspectiva a la eficacia de éstos, que no sólo ha de ser vertical (frente a los poderes públicos), sino, al menos en algunos casos, también horizontal (entre individuos, dentro de la sociedad) y ahí deben tenerse también en cuenta la informática, la IA, la robótica y las tecnologías conexas y su incidencia en las relaciones laborales y en el ámbito del Derecho del consumo.

3. LA DOBLE DIMENSIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL.

Como es conocido, en todo derecho fundamental puede diferenciarse una dimensión subjetiva y una dimensión objetiva, es decir, y por utilizar unas palabras ya clásicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en el famoso asunto *Liith*, de 15 de enero de 1958 -BVerfGE 7, 198 (207 y ss.), junto a los derechos fundamentales como derechos subjetivos tradicionales frente a los poderes públicos, aparecen los derechos fundamentales como normas objetivas con un contenido que se irradia en todos los ámbitos del ordenamiento. Este efecto de irradiación se extiende a la función conformadora de Derecho por parte del legislador, a la actuación del ejecutivo en el ámbito de sus funciones y a la interpretación y aplicación de normas por los órganos jurisdiccionales.

En esta misma línea se han venido pronunciando con posterioridad diferentes tribunales constitucionales; el español lo hizo en una de sus primeras sentencias, la STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5, donde sostuvo que los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un estatus jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (artículo 1.1).

Pues bien, la *revolución digital* y, en particular, la IA no suponen, al menos en su estado actual, una transformación esencial en lo que respecta a la dimensión subjetiva de los derechos aunque sí pueden constituir una herramienta que maximice el haz de facultades en que los derechos fundamentales consisten.

Pero dicha transformación sí tiene lugar al añadir la vertiente jurídico-objetiva del derecho, que estará profundamente afectada por la irrupción y

progresiva generalización de la IA; así, y por citar un ejemplo, según la STC 76/2019, de 22 de mayo, el legislador está constitucionalmente obligado a adecuar la protección que dispensa a los datos personales, imponiendo, en su caso, mayores exigencias a fin de que puedan ser objeto de tratamiento y previendo garantías específicas en su tratamiento, además de las que puedan ser comunes o generales (FJ 6) y, al no hacerlo con ocasión de la aprobación del artículo 58 bis de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General¹², se produjeron tres vulneraciones del artículo 18.4 CE en conexión con el artículo 53.1 CE, autónomas e independientes entre sí, todas ellas vinculadas a la insuficiencia de la ley y que solo el legislador puede remediar, y redundando las tres en la infracción del mandato de preservación del contenido esencial del derecho fundamental que impone el artículo 53.1 CE (FJ 9).

En este mismo ámbito de la protección de datos y su dimensión objetiva, el Parlamento Europeo observa “que los sesgos de la IA a veces puede ser corregidos; concluye que, por tanto, es necesario aplicar medios técnicos y establecer distintos niveles de control en los sistemas de IA, como en el software, los algoritmos y los datos utilizados y elaborados por estos, con el fin de minimizar el riesgo; sostiene, por tanto, que la IA puede y debe utilizarse para reducir los sesgos y la discriminación en nuestras sociedades y promocionar la igualdad de derechos y un cambio social positivo, también mediante requisitos normativos para los conjuntos de datos que se usan para entrenar los sistemas de IA; destaca que uno de los modos más eficientes de reducir los sesgos en los sistemas de IA es garantizar, con los límites impuestos por el Derecho de la Unión, que se dispone de la máxima cantidad de datos personales con fines de entrenamiento y aprendizaje automático” (Resolución sobre la inteligencia artificial en la era digital, párrafo 94)¹³.

Una concreción de esta dimensión objetiva se incluye de manera explícita cuando se postula que “las autoridades públicas deben llevar a cabo evaluaciones de impacto sobre los derechos fundamentales antes de desplegar tecnologías de alto riesgo que sirvan para apoyar decisiones tomadas en el sector

12 “1. La recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas que lleven a cabo los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales se encontrará amparada en el interés público únicamente cuando se ofrezcan garantías adecuadas. 2. Los partidos políticos, coaliciones y agrupaciones electorales podrán utilizar datos personales obtenidos en páginas web y otras fuentes de acceso público para la realización de actividades políticas durante el periodo electoral. 3. El envío de propaganda electoral por medios electrónicos o sistemas de mensajería y la contratación de propaganda electoral en redes sociales o medios equivalentes no tendrán la consideración de actividad o comunicación comercial. 4. Las actividades divulgativas anteriormente referidas identificarán de modo destacado su naturaleza electoral. 5. Se facilitará al destinatario un modo sencillo y gratuito de ejercicio del derecho de oposición”. El apartado 1, en la redacción dada por la disposición final 3.2 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, fue declarado inconstitucional, y nulo, por la STC 76/2019, de 22 de mayo.

13 En general, sobre la acumulación de datos que ha dado lugar al “capitalismo de vigilancia”, véase el conocido estudio de S. Zuboff *La era del capitalismo de vigilancia*, Barcelona, Paidós, 2020.

público que repercuten de forma directa y significativa en los derechos y las obligaciones de los ciudadanos” y, como ya se ha dicho, “tal enfoque debe estar en consonancia con el principio de precaución que guía la legislación de la Unión y debe ocupar un lugar central en cualquier marco regulador para la inteligencia artificial” (Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas). Como es conocido, y en las palabras usadas por la Comisión en su comunicación de 2 de febrero de 2000, el recurso al principio de precaución presupone que se han identificado los efectos potencialmente peligrosos derivados de un fenómeno, un producto o un proceso, y que la evaluación científica no permite determinar el riesgo con la certeza suficiente”.

La dimensión objetiva se ve potenciada, además, cuando están en juego bienes tan importantes como la salud y derechos fundamentales de personas o colectivos potencialmente vulnerables; así, “la igualdad de acceso a la asistencia sanitaria como principio debe extenderse a las aplicaciones de la IA relacionadas con la salud, incluidos los sistemas para la detección de enfermedades, la gestión de afecciones crónicas, la prestación de servicios sanitarios y el descubrimiento de fármacos; hace hincapié en la necesidad de adoptar medidas adecuadas para hacer frente a los riesgos para la salud relacionados con la brecha digital, el sesgo algorítmico, la discriminación y la marginación de las personas vulnerables o las minorías culturales, que tienen un acceso limitado a la asistencia sanitaria” (Resolución del Parlamento Europeo sobre la IE en la era digital, párrafo 241).

En segundo lugar, parece claro que “la privacidad, la seguridad y la protección de los niños en la era de la IA requieren un minucioso examen y las correspondientes salvaguardas [y] debe prestarse especial atención y protección a los niños a la hora de desarrollar sistemas de IA debido a su naturaleza especialmente sensible y a sus vulnerabilidades específicas... los sistemas de IA que probablemente interactúen con niños o que les afecten de otro modo deben tener en cuenta sus derechos y vulnerabilidades y cumplir las más estrictas normas de seguridad e intimidad desde el diseño y por defecto... la adquisición y la enseñanza de capacidades digitales y de IA deben resultar accesibles para todas las personas, en particular las mujeres y los grupos vulnerables” (Resolución sobre la IA en el era digital, párrafos 81, 135 y 194).

Es especialmente relevante que la IA no solo no sirva para aumentar la vulnerabilidad administrativa sino, justamente, que propicie, en la línea de reclamado en la Declaración de Tallin sobre la administración electrónica, de 6 de octubre de 2017, la prestación de “servicios públicos digitales sin fronteras, interoperables, personalizados, fáciles de usar y de extremo a extremo, a todos los ciudadanos en todos los niveles de la administración pública”. Y es evidente que falta mucho por hacer para que los servicios públicos sean más accesibles y seguros y puedan ser usados por cualquier persona sin discriminación alguna y, en su caso, facilitando la asistencia técnica precisa.

Y esta dimensión objetiva también se proyecta en las relaciones entre particulares, especial, aunque no exclusivamente, en el ámbito del Derecho del trabajo y del consumo; así, por lo que respecta al primero, si se utiliza la IA en el trabajo los empleadores deben ser transparentes sobre la misma y su influencia en las condiciones laborales, debiendo informar a los trabajadores antes de utilizar dispositivos y prácticas basados en la IA; en lo que hace referencia al segundo, los consumidores deben contar con normas especiales de protección, deben ser informados si están interactuando con un dispositivo de IA y, en su caso, deberá estar disponible algún mecanismo de revisión humana del mismo; además, habría que facilitarles medios para combatir la vigilancia comercial o la fijación de precios personalizada, que puede ser una forma encubierta para la aplicación discriminatoria de tarifas¹⁴.

4. TITULARIDAD DE DERECHOS FUNDAMENTALES, TRANSHUMANISMO, ROBÓTICA E INTELIGENCIA ARTIFICIAL.

La titularidad de los derechos fundamentales presupone la personalidad y aunque la CE, como otros textos constitucionales, ha guardado silencio en relación con el momento de su adquisición cabe vincularla al hecho del nacimiento y su finalización al del fallecimiento. De esta manera, la vida humana, entendida como un proceso biológico previo al nacimiento, tendría la consideración de bien constitucionalmente protegido, pero ni el embrión ni el feto serían titulares de derechos fundamentales. No existe en el ordenamiento español la posibilidad de que sujetos sin personalidad sean titulares de los derechos y libertades constitucionalmente garantizados; así ha quedado claro en la jurisprudencia constitucional española respecto del *nasciturus* (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 6 y 7) y del fallecido (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3 y 4). Ni uno ni otro son titulares de los derechos fundamentales, por más que el primero encuentre protección constitucional y el segundo pueda ser objeto de tutela mediante el reconocimiento de ciertos derechos, ejercitables por sus causahabientes, que pueden integrar el contenido meramente legal de algunos derechos fundamentales como el honor o la intimidad. En suma, solo dentro del período temporal marcado por el nacimiento y el fallecimiento se posee la personalidad y, por tanto, cabe ser considerado titular de los derechos fundamentales.

Y, mientras no cambien jurídicamente las cosas, esa titularidad de derechos por parte de las personas físicas se mantendría a lo largo de la vida también en el caso de asistamos, en un futuro más o menos próximo, a un importante desarrollo de la corriente transhumanista que aboga por conseguir una potente medicina voluntaria o de mejoramiento, que supere las facetas curativas o

14 Véase, por ejemplo, el trabajo de M. Bourreau y A. de Streeck *The regulation of personalised pricing in the digital era*, <https://www.oecd.org/competition/personalised-pricing-in-the-digital-era.htm> (a 21 de abril de 2022).

paliativas¹⁵, a partir de la farmacología y la genética, y que consiga no solo la eliminación de genes defectuosos sino también la creación de genes artificiales capaces de aportar a las células funciones hoy inexistentes¹⁶.

En esa misma línea, seguirían siendo titulares de derechos fundamentales las personas-cíborgs, es decir, los seres humanos que tuviesen incorporados compuestos cibernéticos a los elementos orgánicos; cabe recordar, a este respecto, el caso, ya en el año 2004, del artista Neil Harbisson¹⁷, que se instaló un ojo electrónico en la cabeza y cuando el Gobierno británico le prohibió renovar su pasaporte por tener ese dispositivo empezó una campaña para defender sus derechos como cíborg y justificó que el ojo electrónico era parte de su cuerpo y extensión de sus sentidos. Finalmente, se aceptó su petición y en el pasaporte se incluyó la foto con el ojo electrónico.

¿Y podrían ser titulares de derechos fundamentales no ya los cíborgs sino también los robots?¹⁸ Esta pregunta, como recuerdan Jacob Turner¹⁹ o David Gunkel²⁰, ha sido recibida, en general, con rechazo o desdén porque, concluyen, implica tratar de imaginar lo inimaginable aunque, como señala Turner, esa misma reacción era la que suscitaba al principio la cuestión de si cabía reconocer derechos de los animales y, en relación con éstos, es conocido que no siéndoles atribuida en los ordenamientos de nuestro entorno la condición de titulares de derechos sí han sido objeto de atención constitucional y legal para atribuirles un mayor grado de protección jurídica que el que tienen las meras cosas²¹.

15 Para una descripción del origen y desarrollo de este movimiento véase el libro de A. Diéguez, *Transhumanismo. La búsqueda tecnológica del mejoramiento humano*, Barcelona, Herder, 2017, pp. 19 y ss.; la definición y las distinciones en p. 40 y ss. Véanse también el estudio de R. Campione *La plausibilidad del Derecho en la era de la inteligencia artificial. Filosofía carbónica y filosofía jurídica del Derecho*, Madrid, Dykinson, 2020, y el trabajo de Fernando H. Llano Alonso incluido en este mismo número.

16 En lengua castellana pueden verse, además y entre otros, los trabajos de N. Bostrom, *Super-inteligencia: caminos, peligros, estrategias*, Zaragoza, Teell Editorial, 2016, y J. Savulescu, *¿Decisiones peligrosas?: una bioética desafiante*, Tecnos, Madrid, 2012, así como el libro editado por ambos *Mejoramiento humano*, Zaragoza, Teell Editorial, 2017, en el que se incluyen voces favorables y contrarias a estas dimensiones del transhumanismo.

17 <https://www.cyborgarts.com/neil-harbisson> (a 21 de abril de 2022).

18 Puede verse una explicación conceptual al respecto en el capítulo “¿Qué es un robot?” elaborado por J. García-Prieto Cuesta para el libro dirigido por M. Barrio Andrés *Derecho de los robots*, Wolters Kluwer, 2019, 2ª edición, pp. 29-64; sobre su eventual configuración jurídica, S. Tamayo Haya “Los robots como entes jurídicos”, en J. I. Solar Cayón (ed.) *Dimensiones éticas y jurídicas de la inteligencia artificial en el marco del Estado de Derecho...*, pp. 175-228.

19 *Robot Rules. Regulating Artificial Intelligence*, Londres, Palgrave Macmillan, 2019.

20 “Robot Rights. Thiking the Unthinkable”, John-Stewart Gordon *Smart Technologies and Fundamental Rights*, Brill Rodopi, 2020, pp. 48-71.

21 Así, conforme a la enmienda introducida en la Constitución alemana en el año 2002 (artículo 20º), “el Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el Derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial”.

Gunkel propone abordar el problema a partir de las tesis de David Hume aplicando conjuntamente dos cuestiones: la primera sería si pueden tener derechos los robots; la segunda si sería adecuado que tuvieran derechos los robots. Pues bien, a partir de ahí, cabría concluir, como primera opción, que los robots no pueden tener derechos y, en consecuencia, no deben tenerlos; en segundo lugar, que pueden tener derechos y deberían serles reconocidos; en tercer término, que pudiendo tener derechos no deberían disfrutarlos y, finalmente, que no pudiendo tener derechos, sin embargo, sería deseable que los tuvieran²².

La primera respuesta sostiene que los robots no son capaces ahora ni lo serán nunca de convertirse en sujetos de pleno derecho y, por tanto, no debemos tratarlos como tales; la segunda tiene en cuenta el actual estado de la cuestión y conforme al mismo los robots no pueden ser considerados como sujetos ahora pero cuando las máquinas alcancen nuevas capacidades tendrá pleno sentido reflexionar sobre sus eventuales derechos; la tercera tesis sostiene que es técnicamente posible crear una IA que cumpla con los requisitos contemporáneos de ser sujeto agente y paciente pero incluso así ninguna de estas dos afirmaciones hace que sea necesario o deseable que lo hagamos; de acuerdo con la cuarta respuesta, los robots no tienen las capacidades o propiedades necesarias para ser considerados como personas morales plenas pero, a pesar de este hecho, se les debería conceder algún tipo de estatus moral e, incluso, legal.

A este respecto, y como es bien sabido, en el vigente ordenamiento constitucional español los robots no se podrían equiparar a las personas físicas y, en definitiva, no podrían ser considerados equivalentes a ellas a efectos de reconocerles la titularidad de derechos fundamentales. ¿Y a las personas jurídicas?

Recordemos, en primer lugar, que la CE, a diferencia de otras, como la alemana (artículo 19.3 LFB), no contempla expresamente que las personas jurídicas puedan ser, con carácter general, titulares de los derechos fundamentales. Sí las menciona respecto de ciertos derechos aislados, como la libertad religiosa que se garantiza no sólo de los individuos sino también de las comunidades (artículo 16.1 CE), la libertad de creación de centros docentes garantiza a las personas físicas y a las jurídico-privadas (artículo 27.6 CE), el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas (artículo 28.1 CE) o, finalmente el derecho de petición no sólo individual sino también colectiva (artículo 29.1 CE).

En el plano meramente legal, en España, y recientemente, se aprobó la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, que introduce, entre otras modificaciones normativas, un artículo 333bis en el Código Civil con el siguiente enunciado: “los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección. 2. El propietario, poseedor o titular de cualquier otro derecho sobre un animal debe ejercer sus derechos sobre él y sus deberes de cuidado respetando su cualidad de ser sintiente, asegurando su bienestar conforme a las características de cada especie y respetando las limitaciones establecidas en ésta y las demás normas vigentes”.

22 *Ob. cit.*, pp. 56 ss.

Además, determinados derechos, como el de asociación (artículo 22 CE) o el de fundación (artículo 34), aunque no mencionen a las personas jurídicas, solo permiten realizar el ámbito de libertad garantizado por su objeto a través de la creación de un ente colectivo, al que por regla general se confiere personalidad jurídica, lo que justificaría la titularidad del derecho de cuyo ejercicio es producto y de otros derechos instrumentales al mismo (derecho de reunión, inviolabilidad del domicilio, etc...) (STC 139/1995, de 26 de noviembre, FJ 4).

En cualquier caso, la atribución de la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas, más que solucionar un problema, abre tres nuevos frentes: qué derechos tienen, cuáles son su objeto y contenido en relación con los mismos derechos reconocidos a las personas físicas y cuáles son esas personas jurídicas²³.

Sobre la primera cuestión, la jurisprudencia constitucional española (STC 139/1995, de 26 de noviembre, FJ 5) no se aparta de la regla alemana y extiende a las personas jurídicas únicamente los derechos que por su naturaleza sean susceptibles de ser ejercidos por ellas, lo que en último extremo depende de cuál sea el ámbito de libertad garantizado por el derecho; así, por ejemplo, no parece haber inconveniente en admitir que las personas jurídicas, al menos parte de ellas, pueden disfrutar de la libertad ideológica y religiosa, del derecho de asociación, del derecho de reunión, del derecho a la tutela judicial efectiva, de algunas de las facultades en las que se plasma el derecho a la educación, de la libertad sindical o del derecho de petición.

Tampoco parece haberlo, obviamente, en excluir de esa titularidad el derecho a la vida o a la integridad física y moral, el derecho de sufragio o el derecho a acceder a cargos y funciones públicas. Más problemáticos resultan los derechos del artículo 18 CE, respecto de los que el TC ha dado diversas respuestas, que van desde negar la titularidad del derecho a la intimidad (STC 69/1999, de 26 de abril, FJ 2) hasta afirmar la titularidad del derecho al honor (STC 139/1995, de 26 de noviembre, FJ 5) o la inviolabilidad del domicilio (STC 137/1985, de 17 de octubre, FJ 3).

La segunda cuestión hace referencia a la extensión del objeto y contenido de los derechos de las personas jurídicas. La peculiar naturaleza de estos sujetos, creaciones del ordenamiento circunscritas a una concreta forma jurídica y a un determinado fin, explica que no puedan disfrutar del contenido de los derechos fundamentales con la misma extensión que si se tratase de personas físicas y no tanto porque las limitaciones puedan ser mayores, sino porque el objeto y, sobre todo, el contenido del derecho fundamental pueden variar en atención a su peculiar naturaleza²⁴.

23 Al respecto, B. Aláez Corral “Los sujetos de los derechos fundamentales” en F. Bastida Freijedo y otros *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978, ...*, 2004, pp. 83-102.

24 Piénsese, por ejemplo, que en el caso del domicilio de una persona jurídica la inviolabilidad sólo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de

En tercer y último lugar, aparece el problema relativo a cuáles sean las personas jurídicas a las que se extiende esta titularidad, si sólo a las privadas o también a las públicas, y más allá de ello, si es precisa la personalidad jurídica del sujeto colectivo para disfrutar de esa titularidad.

Pues bien, ¿podría otorgarse personalidad jurídica a un robot como paso previo para reconocerle derechos fundamentales?

En la ya citada Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, se “pide a la Comisión que, cuando realice una evaluación de impacto de su futuro instrumento legislativo, explore, analice y considere las implicaciones de todas las posibles soluciones jurídicas, tales como... crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente”.

Sin embargo, tres años después, en otra Resolución del Parlamento Europeo, la aprobada el 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial, se observa que “todas las actividades, dispositivos o procesos físicos o virtuales gobernados por sistemas de IA pueden ser técnicamente la causa directa o indirecta de un daño o un perjuicio, pero casi siempre son el resultado de que alguien ha construido o desplegado los sistemas o interferido en ellos; observa, a este respecto, que no es necesario atribuir personalidad jurídica a los sistemas de IA; opina que la opacidad, la conectividad y la autonomía de los sistemas de IA podrían dificultar o incluso imposibilitar en la práctica la trazabilidad de acciones perjudiciales específicas de los sistemas de IA hasta una intervención humana específica o decisiones de diseño; recuerda que, de conformidad con conceptos de responsabilidad civil ampliamente aceptados, se puede eludir, no obstante, este obstáculo haciendo responsables a las diferentes personas de toda la cadena de valor que crean, mantienen o controlan el riesgo asociado al sistema de IA;... debe quedar siempre claro que la persona que cree el sistema de IA, lo mantenga, lo controle o interfiera en él debe ser responsable del daño o perjuicio que cause la actividad, el dispositivo o el proceso. Esto se desprende de conceptos de justicia en materia de responsabilidad civil ampliamente aceptados y de carácter general en virtud de los cuales la persona que crea o mantiene un riesgo para el público es responsable si dicho riesgo causa un daño o un perjuicio y, por lo tanto, debe minimizar ex ante o indemnizar ex post dicho riesgo. Por consiguiente, el auge de los sistemas de

un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad que quedan reservados al conocimiento de terceros (STC 69/1999, de 26 de abril, FJ 2), pero no a cualquier espacio en el que se desarrolle la vida reservada de un ente que carece de intimidad.

IA no implica la necesidad de revisar completamente las normas en materia de responsabilidad civil en toda la Unión. Unos ajustes concretos de la legislación vigente y la introducción de nuevas disposiciones bien ponderadas y orientadas serían suficientes para hacer frente a los retos que plantea la IA, a fin de evitar la fragmentación normativa y garantizar la armonización de la legislación en materia de responsabilidad civil en toda la Unión en relación con la IA”.

Parece, pues, al menos por lo que respecta a los proyectos que se están debatiendo en el seno de las instituciones de la Unión Europea, que se ha pasado, parafraseando a Gunkel, de una respuesta “Can and Should” -una vez que existan los robots que tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente cabría aplicarles una personalidad electrónica y, eventualmente, reconocerles algún tipo de derecho- a una respuesta “Can but Should Not -aunque pudieran existir robots susceptibles de serles atribuida personalidad jurídica propia sería mejor no reconocerles derecho alguno.

5. LOS OBLIGADOS POR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL.

La CE proclama en su artículo 9.1 que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico lo que, entre otras cosas, implica que en dicha sujeción hay que incluir al Gobierno y la Administración Pública, al Parlamento y al Poder Judicial pero, también, a los organismos autónomos y entidades empresariales del Estado, a los concesionarios de un servicio público y, en general, de quien *ejerza* una función pública, aunque, en estos últimos casos, solo si ejercen potestades públicas. Además, el carácter descentralizado del Estado español, con aperturas hacia dentro y hacia afuera, conlleva que también estén obligados por los derechos fundamentales, como parte de la Constitución, los Parlamentos y Ejecutivos autonómicos así como las Corporaciones locales y los órganos de la Unión Europea.

Por lo que respecta a los sujetos particulares, personas físicas o jurídicas, obligados también por el artículo 9.1 y el resto de la CE, la cuestión es si lo están de manera directa o indirecta, si de forma negativa o positiva y con qué alcance, no pudiendo colocarlos a todos en la misma situación sino teniendo en cuenta la concreta relación jurídica privada en la que aquéllos se encuentren.

El desarrollo y creciente presencia de la IA, con las implicaciones de toda índole en los derechos fundamentales, deben conllevar una intensificación de las obligaciones de los sujetos acabados de mencionar y así lo postulan textos como la varias veces mencionada Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas donde se señala que “es necesario contar con un marco regulador efectivo y armonizado basado en el Derecho de la Unión, la Carta y el Derecho internacional en materia de derechos humanos

y aplicable, en particular, a las tecnologías de alto riesgo, con el fin de establecer normas iguales en toda la Unión y proteger eficazmente los valores de la Unión” y “que cualquier nuevo marco regulador para la inteligencia artificial que prevea obligaciones jurídicas y principios éticos para el desarrollo, el despliegue y el uso de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas debe respetar plenamente la Carta y, por tanto, perseguir el respeto de la dignidad humana, la autonomía y la autodeterminación de la persona, la prevención de daños, la promoción de la equidad, la inclusión y la transparencia, la eliminación de los sesgos y la discriminación, también en lo que respecta a los grupos minoritarios, así como respetar los principios de limitación de las externalidades negativas de la tecnología empleada, de explicabilidad de las tecnologías y de garantía de que las tecnologías sirvan a las personas y no las sustituyan ni decidan por ellas, con el objetivo último de elevar el bienestar de todos los seres humanos”.

En ese mismo texto se marcan las pautas a seguir por los legisladores –“toda medida legislativa relativa a la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas debe respetar los principios de necesidad y de proporcionalidad”-, a las obligaciones que deben asumir los órganos de gobierno de la Unión Europea –“espera que la Comisión integre un enfoque ético sólido en la propuesta legislativa solicitada en el anexo a la presente Resolución como seguimiento del Libro Blanco sobre la inteligencia artificial, también en lo que atañe a la seguridad, la responsabilidad y los derechos fundamentales, que maximice las oportunidades y minimice los riesgos de las tecnologías de inteligencia artificial; espera que la propuesta legislativa solicitada incluya soluciones políticas a los importantes riesgos reconocidos de la inteligencia artificial, incluidos, entre otros, los que atañen a la recopilación y el uso éticos de los macrodatos, la cuestión de la transparencia algorítmica y el sesgo algorítmico; pide a la Comisión que elabore criterios e indicadores para clasificar las tecnologías de inteligencia artificial con el fin de estimular la transparencia, la explicabilidad y la rendición de cuentas e incitar a los desarrolladores a que tomen precauciones adicionales; destaca la necesidad de invertir en la integración de disciplinas no técnicas en el estudio y la investigación sobre la inteligencia artificial, teniendo en cuenta el contexto social”- pero también sujetos jurídicos privados como las empresas, especialmente en ámbitos como el consumo – “los consumidores deben tener derecho a ser debidamente informados de manera comprensible, oportuna, normalizada, exacta y accesible de la existencia, el razonamiento, el posible resultado y las repercusiones de los sistemas algorítmicos para los consumidores, así como de la manera de contactar con un ser humano con poder de decisión y de cómo se pueden verificar, impugnar de manera útil y corregir las decisiones del sistema; subraya, a este respecto, la necesidad de tener en cuenta y respetar los principios de la información y la divulgación en los que se ha basado el acervo de Derecho en materia de protección de los consumidores; estima necesario que se informe de manera detallada a los usuarios finales sobre el

funcionamiento de los sistemas de transporte y los vehículos basados en la inteligencia artificial”- o el medio ambiente –“los gobiernos y las empresas deben utilizar la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas para beneficiar a las personas y al planeta y contribuir a la consecución del desarrollo sostenible, la conservación del medio ambiente, la neutralidad climática y los objetivos de la economía circular; considera que el desarrollo, el despliegue y el uso de estas tecnologías deben contribuir a la transición verde, proteger el medio ambiente y minimizar y reparar los daños causados al medio ambiente durante su ciclo de vida y a lo largo de toda la cadena de suministro”-.

Por si hubiera alguna duda se menciona expresamente que el desarrollo, el despliegue y el uso de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas por las autoridades públicas a menudo se subcontratan a partes privadas pero ello no debe hacer peligrar en modo alguno la protección de los valores públicos y los derechos fundamentales, por lo que “las condiciones de la contratación pública deben reflejar las normas éticas impuestas a las autoridades públicas, cuando proceda”.

También se mencionan, como personas físicas o jurídicas obligadas, las que operen como desarrolladoras, desplegadas o usuarias: “los desarrolladores, los desplegados y los usuarios de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas, en particular las tecnologías de alto riesgo, son responsables en distintos grados del cumplimiento de los principios de seguridad, transparencia y rendición de cuentas en la medida que corresponda a su participación en las tecnologías en cuestión, incluidos los programas informáticos, los algoritmos y los datos utilizados o producidos por dichas tecnologías. Los desarrolladores deben garantizar que las tecnologías en cuestión estén diseñadas y construidas de conformidad con las características de seguridad establecidas en el presente Reglamento, mientras que los desplegados y los usuarios deben desplegar y utilizar las tecnologías en cuestión respetando plenamente dichas características. Con este fin, los desarrolladores de tecnologías de alto riesgo deben evaluar y anticipar los riesgos de uso indebido que puedan preverse razonablemente respecto de las tecnologías que desarrollen. Asimismo, deben garantizar que los sistemas que desarrollan indiquen, en la medida de lo posible y a través de medios adecuados, como un mensaje de exención de responsabilidad, la probabilidad de que se produzcan errores o inexactitudes”.

Y estas personas privadas, físicas o jurídicas, deben asumir obligaciones tanto por lo que hagan como por lo que omitan: responderán de cualquier lesión o daño causado a las personas o a la sociedad, en la medida que corresponda a su participación en la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas en cuestión, y de conformidad con las normas nacionales y de la Unión en materia de responsabilidad, y deben, en general, ser considerados responsables de evitar que se produzcan tales lesiones o daños, introduciendo medidas adecuadas durante el proceso de desarrollo y respetando escrupulosamente dichas medidas durante la fase de despliegue.

En el plano normativo cabe mencionar algunas de las previsiones incluidas en la ya citada *Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital*, de la que derivan obligaciones para los poderes públicos y para otros sujetos particulares: así, por ejemplo: “as decisões com impacto significativo na esfera dos destinatários que sejam tomadas mediante o uso de algoritmos devem ser comunicadas aos interessados, sendo suscetíveis de recurso e auditáveis, nos termos previstos na lei” (artículo 9.2); “todos têm direito à proteção contra a recolha e o tratamento ilegais de informação sobre a sua localização quando efetuem uma chamada obtida a partir de qualquer equipamento” (artículo 17.1); “perante a Administração Pública, a todos é reconhecido o direito: e) A beneficiar de regimes de «dados abertos» que facultem o acesso a dados constantes das aplicações informáticas de serviços públicos e permitam a sua reutilização, nos termos previstos na lei” (artículo 19.e).

6. EL OBJETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL.

Hablamos del objeto de los derechos fundamentales para referirnos a lo que los derechos garantizan: cuando lo protegido es un ámbito de la realidad, los derechos pueden identificar una esfera vital de la persona en la que son posibles comportamientos muy dispares (el derecho a la intimidad abarca una larga variedad de conductas); también pueden describir un comportamiento genérico (la libertad de expresión ampara conductas que exteriorizan una idea, opinión o pensamiento). El derecho fundamental permite elegir qué hacer o qué comportamiento realizar en ese ámbito de la realidad sin que esa elección pueda estar condicionada por el uso de género alguno de poder público y, por eso, es una garantía de posibilidades, al permitir realizar cualquiera de los comportamientos posibles que encajen en su objeto.

En otras ocasiones el objeto del derecho fundamental es justamente el deber que pesa sobre el poder público de no hacer algo (por ejemplo, intervenir comunicaciones privadas o entrar en los domicilios de las personas, salvo excepciones tasadas). En esos casos el derecho fundamental no trata de garantizar a su titular un poder de disposición sobre su conducta en un determinado ámbito de la realidad; se trata más bien de que la Constitución ha elevado a rango constitucional un determinado deber de no introducir poder público en determinadas situaciones acotadas en la norma constitucional (nadie tiene el deber de soportar la inmisión del Estado en su domicilio o en sus comunicaciones privadas).

Pues bien, con la irrupción y el despliegue de la IA, la robótica y las tecnologías conexas puede quedar afectado, y no de manera trivial, el objeto de algunos derechos fundamentales: así, en materia de protección de datos, con dichas herramientas, como se recuerda en el Libro Blanco de la Unión Europea sobre la inteligencia artificial (p. 15), cabe “rastrear y *desanonimizar* datos re-

lativos a personas, y generar así nuevos riesgos en torno a la protección de los datos personales con relación a conjuntos de datos que, en sí mismos, no contienen datos personales” y es que el consentimiento en la cesión de dos o tres datos en apariencia irrelevantes puede generar, cuando se insertan dentro de un conjunto de datos muchísimo mayor, “datos bebé” imprevisibles para la persona interesada, lo que afecta de manera muy importante a exigencias como el consentimiento expresión de la autonomía personal y la transparencia²⁵. Como es obvio, si no se es consciente de determinados tratamientos de los datos y si no se puede acceder a los mismos, rectificarlos o cancelarlos deja de haber un poder de disposición sobre ellos y no existe un auténtico derecho fundamental que los proteja.

Por lo que hace referencia a las libertades de expresión y de reunión y manifestación, el funcionamiento de los algoritmos en las plataformas de las redes sociales y la gran cantidad de información personal identificable sobre los individuos que está disponible puede utilizarse también para rastrear e iden-

25 Cabe recordar que, de conformidad con el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (RGPD), se habla de “datos personales” para referirse a toda información sobre una persona física identificada o identificable (“el interesado”); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona; se emplea el término “tratamiento” para aludir a cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción (artículo 4.1 y 2).

Entre otras definiciones se incluyen las de “elaboración de perfiles” y “fichero”; conforme a la primera es toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física. Por lo que al fichero se refiere, se trata de todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica (artículo 4.4 y 6).

Existe, además, una categoría de datos especialmente protegidos por el artículo 9 del RGPD, que prohíbe, con carácter general y salvo que concurran una serie de circunstancias que se enuncian a continuación, el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física.

Por su parte, el artículo 10 regula el “tratamiento de datos personales relativos a condenas e infracciones penales o medidas de seguridad conexas”, que solo podrá llevarse a cabo bajo la supervisión de las Autoridades públicas o cuando lo autorice el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas para los derechos y libertades de los interesados. Solo podrá llevarse un registro completo de condenas penales bajo el control de las Autoridades públicas”.

tificarlos y llevar a la clasificación automática de ciertas personas o de grupos en las convocatorias de reuniones y manifestaciones, lo que podría tener un impacto negativo significativo en la libertad de reunión. En teoría, los algoritmos utilizados para predecir posibles situaciones de conflicto y de protesta también podrían utilizarse como herramienta preventiva para evitar manifestaciones o concentraciones, deteniendo a determinadas personas antes incluso de que se reúnan.

Y, por mencionar otro ejemplo, tal y como se ha venido reiterando en diferentes documentos, estudios y propuestas de regulación normativa, las facultades que forman parte del objeto del derecho a no ser discriminado son algunas de las que pueden correr mayor riesgo a causa de la creciente y sofisticada aplicación de sistemas de IA, a veces de manera exclusiva y en no pocas ocasiones en relación con otros derechos fundamentales como el que garantiza la libertad personal y veta las detenciones arbitrarias; así, en el citado Libro Blanco sobre la inteligencia artificial de la Comisión Europea se advierte (p. 14) que puede suceder que el uso de determinados algoritmos para predecir la reincidencia delictiva dé lugar a prejuicios raciales o de género, y prevea una probabilidad de reincidencia distinta para hombres y mujeres o para nacionales y extranjeros; algunos programas de IA de análisis facial muestran prejuicios raciales o de género, y presentan un bajo nivel de error a la hora de determinar el género de hombres de piel más clara, pero un elevado nivel de error al determinar el género de mujeres de piel más oscura.

Es bien sabido, se insiste, en que los prejuicios y la discriminación son riesgos inherentes a toda actividad social o económica y que la toma cotidiana de decisiones por parte de las personas o de los grupos no es ajena al error ni a la subjetividad pero la cuestión radica en que en el caso de la IA esta misma subjetividad puede tener efectos mucho más amplios y afectar y discriminar a numerosas personas sin que existan mecanismos compensatorios como los de control social que rigen el comportamiento humano.

Por su parte, la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021, sobre la inteligencia artificial en el Derecho penal y su utilización por las autoridades policiales y judiciales en asuntos penales (2020/2016(INI)), subraya el hecho de que muchas tecnologías de identificación basadas en algoritmos utilizadas actualmente identifican y clasifican de forma incorrecta en un número desproporcionado de casos a las personas racializadas, a las personas pertenecientes a determinadas comunidades étnicas, a las personas LGBTI, a los niños y a las personas de edad avanzada, así como a las mujeres, y recuerda que las personas no solo tienen derecho a ser identificadas correctamente, sino que también tienen derecho a no ser identificadas en absoluto, salvo que lo exija la ley por motivos de interés público imperioso y legítimo.

Finalmente, y también en su caso para no desvirtuar mediante la aplicación de la IA algunas de las facultades que integran el objeto de concretos derechos fundamentales, podrían quedar excluidas del mismo aquellas que se ven alteradas si quien tiene la titularidad del derecho se dota de herramientas

tecnológicas que colocan a esa persona en una situación de superioridad sobre las demás para, por ejemplo, tratar de acceder a un empleo público; estamos pensando en las ventajas con las que contaría una persona-cíborg que hubiera conseguido por esa vía aumentar artificialmente su memoria, su capacidad de concentración, su visión..., lo que alteraría la condición de que el acceso a las funciones y cargos públicos se haga en “condiciones de igualdad”, salvo, en tal caso, que todas las personas pudieran contar con dichas “ventajas” artificiales y en las condiciones de acceso se aceptara tal eventualidad²⁶.

7. EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL.

El contenido de un derecho fundamental es el poder o conjunto de poderes jurídicos, concebidos como facultades y, por tanto, de uso discrecional, mediante los que se hace valer frente a otros el permiso o la prohibición garantizados en ese derecho. El contenido objetivo es el mandato de optimización de la libertad protegida y posee una doble faz: de un lado, impone a todo aquel que ejerza poder público el deber positivo de proteger los derechos fundamentales que puedan verse afectados en aquella situación en la que haga uso de dicho poder; de otro lado, le impone el deber de abstenerse de todo acto contrario al derecho.

El contenido subjetivo consiste en el haz de facultades jurídicas atribuidas al titular del derecho para defender el objeto del mismo frente a otras personas, destacando, en primer lugar, la técnica de los derechos de libertad, que es la forma típica de garantía del objeto de un derecho fundamental cuando consiste en un permiso constitucional, su propósito es la salvaguardia de una esfera vital y se trata de hacer valer ese permiso constitucional frente a las injerencias estatales o de terceros sin la debida habilitación constitucional.

En segundo lugar, ese contenido puede articularse, esencialmente, como una prohibición de poder público (de indagar en la ideología, religión o creencias del titular del derecho; de interceptar sus comunicaciones sin autorización judicial...), atribuyendo al titular del derecho fundamental el poder de hacer valer la ilicitud constitucional de esa forma de ejercicio de poder público

Y, en tercer lugar, cabría acudir asimismo a la técnica de los derechos de prestación, que, en esencia, consiste en el mandato que se impone a un poder público o, en su caso, a un particular de hacer algo y, en sentido estricto, de

26 “... El derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 garantiza una situación jurídica de igualdad de los ciudadanos en el acceso a los cargos y funciones públicas, con la consecuencia de que no pueden establecerse requisitos para acceder a los mismos que tengan carácter discriminatorio. Por lo que se refiere a la regulación de tales requisitos, en cada supuesto concreto de acceso a un cargo o función pública, la remisión a las leyes que dicho precepto contempla ha de ponerse en conexión con las previsiones que la propia Constitución establece en cuanto a la normación sustantiva de unos u otros cargos y funciones públicas y, muy en especial, en lo que concierne al rango o tipo de norma que deba regular el acceso a toda clase de cargos y funciones...” (STC 47/1990, de 20 de marzo, FJ 7).

hacer algo consistente en aprobar una concreta normativa, prestar un servicio o poner a disposición del titular del derecho un bien.

En el apartado anterior hemos visto los riesgos que pueden suponer para las conductas hasta ahora protegidas por los derechos fundamentales -su objeto- que pueden derivarse del uso de la IA, la robótica y las tecnologías conexas y lo que se trata aquí es de apuntar qué técnicas sería necesario adoptar, como contenido de esos derechos, frente a los citados riesgos.

En primer lugar, cabría articular la garantía ampliando el ámbito o permiso de actuación del titular del derecho mediante posibilidad de acudir a las herramientas que nos ocupan para el ejercicio de derechos como las libertades de expresión, reunión y manifestación.

En segundo lugar, y respecto de otros derechos fundamentales, sería necesario prohibir, con carácter general, determinadas prácticas de IA para así garantizar el control de la propia imagen y de los datos por parte de las personas titulares de esos derechos, que podrían verse seriamente menoscabados a través del uso de sistemas de identificación biométrica remota «en tiempo real» en espacios de acceso público salvo, y aquí entraría la excepción a la prohibición, que, como se postula en 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 Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, de 21 de abril de 2021, (artículo 5.d), su uso sea estrictamente necesario para alcanzar uno o varios de los objetivos siguientes: i) la búsqueda selectiva de posibles víctimas concretas de un delito, incluidos menores desaparecidos; ii) la prevención de una amenaza específica, importante e inminente para la vida o la seguridad física de las personas físicas o de un atentado terrorista; iii) la detección, la localización, la identificación o el enjuiciamiento de la persona que ha cometido o se sospecha que ha cometido algún delito de una entidad mínima.

También cabría acudir a la prohibición, en relación con los derechos a la libertad personal y la tutela judicial efectiva, del uso por parte de las Autoridades públicas de sistemas de IA que trabajen a partir de determinadas características personales conocidas o predichas y donde la decisión a tomar se base únicamente en el tratamiento automatizado de datos.

En tercer lugar, y en relación con la protección de determinados datos muy sensibles, como los vinculados a las opiniones políticas, su garantía tendría que consistir en una prestación de carácter normativo, en forma de regulación legal especialmente protectora y específica.

En materia de acceso a servicios que permiten el ejercicio de las libertades de expresión e información y en relación también con el derecho a la protección de datos en el ámbito de las relaciones entre particulares (aquí entre las grandes empresas prestadoras de servicios digitales y quienes son usuarios finales de sus servicios) la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales), de 15 de diciembre de 2020, prevé que los guardianes de

acceso²⁷ deberán permitir a los usuarios finales desinstalar cualquier programa de aplicación preinstalado en su servicio de plataforma básico; clasificación; deberán abstenerse de restringir técnicamente la capacidad de los usuarios finales para cambiar y suscribirse a diferentes programas de aplicación y servicios accesibles mediante el sistema operativo del guardián de acceso, incluso en lo que respecta a la elección del proveedor de acceso a Internet para los usuarios finales y, en el caso de los datos personales, deberán permitir el acceso a estos y su utilización únicamente cuando estén directamente relacionados con el uso que el usuario final haya hecho con respecto a los productos o servicios ofrecidos por el usuario profesional de que se trate a través del servicio de plataforma básico pertinente, y si el usuario final opta por tal intercambio prestando su consentimiento (artículo 6).

8. LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE A EVENTUALES LESIONES DERIVADAS DEL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL.

El conocido dictado del artículo 16 de la Declaración de derechos del hombre y el ciudadano –“una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”- evidencia que de nada vale el reconocimiento de una serie de derechos si no existen instrumentos que aseguren su eficacia. Y aunque un derecho no tiene la consideración de fundamental por contar con unas garantías específicas, este refuerzo en su protección se convierte en uno de sus elementos más característicos. En las líneas siguientes nos ocuparemos, de forma breve,

27 Con arreglo a lo previsto en el artículo 3 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales) “un proveedor de servicios básicos de plataforma será designado como guardián de acceso si: a) tiene una repercusión significativa en el mercado interior; b) opera un servicio básico de plataforma que sirve como puerta de acceso importante para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales; y c) tiene una posición afianzada y duradera en sus operaciones o es previsible que alcance dicha posición en un futuro próximo.

2. Se presumirá que un proveedor de servicios básicos de plataforma cumple: a) el requisito que figura en el apartado 1, letra a), cuando la empresa a la que pertenece consiga un volumen de negocios anual en el EEE igual o superior a 6 500 millones EUR en los tres últimos ejercicios, o cuando la capitalización bursátil media o el valor justo de mercado equivalente de la empresa a la que pertenece ascienda como mínimo a 65 000 millones EUR en el último ejercicio, y preste un servicio básico de plataforma en al menos tres Estados miembros; b) el requisito que figura en el apartado 1, letra b), cuando proporcione un servicio básico de plataforma que cuente con más de 45 millones de usuarios finales activos mensuales establecidos o situados en la Unión y más de 10 000 usuarios profesionales activos anuales establecidos en la Unión en el último ejercicio económico; a los efectos del párrafo primero, el número de usuarios finales activos mensuales será el número medio de usuarios finales activos mensuales durante la mayor parte del último ejercicio financiero; c) el requisito que figura en el apartado 1, letra c), cuando se hayan cumplido los umbrales establecidos en la letra b) en cada uno de los tres últimos ejercicios”.

de qué tipo de garantías pueden ser necesarias en un contexto nacional e internacional con presencia cada vez mayor de la IA, la robótica y las tecnologías conexas, diferenciando entre las orgánicas, dispensadas por instituciones a las que se les encomienda la salvaguarda de los derechos, y las jurisdiccionales.

Entre las primeras, y como garantía genérica de los derechos fundamentales, ha venido destacando la figura de la Defensoría del Pueblo, a quien le corresponde, en el sistema constitucional español, controlar la actuación de cualquier Administración Pública y sus agentes, empleando como parámetro principal los derechos fundamentales. Esta institución, además del alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos constitucionales, es también oficialmente en España la Institución Nacional de Derechos Humanos y este reconocimiento internacional ha sido potenciado tanto por las Naciones Unidas como por el Consejo de Europa²⁸. Además, en el ámbito de la Unión Europea existe también una Defensora del Pueblo, que junto con la Red Europea de Defensores del Pueblo, ha señalado que muchas de las cuestiones que plantea la IA se refieren a áreas fundamentales del trabajo de un Defensor del Pueblo, como la transparencia, la responsabilidad de la toma de decisiones y los derechos fundamentales. En suma, las Defensorías del Pueblo, tanto nacionales -estatales y autonómicas- como internacionales, pueden operar, a través de sus tradicionales funciones inquisitivas y requirentes, como garantías de los derechos fundamentales en relación con los riesgos derivados de la IA.

En segundo lugar, y como garantías orgánicas más especializadas en materia de protección de datos, contamos, tanto en el ámbito nacional como en el europeo, con organismos como la Agencia Española de Protección de Datos y el Comité Europeo de Protección de Datos; la primera es una autoridad administrativa independiente de ámbito estatal, de las previstas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, con personalidad jurídica y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones; el segundo es un organismo europeo independiente que tiene como objetivo garantizar la aplicación coherente del Reglamento General de Protección de Datos y la Directiva europea sobre protección de datos en el ámbito policial. Parece obvio que estas entidades también están llamadas a jugar un papel importante en todo aquello que vincula a la IA, la robótica y las tecnologías conexas con la protección de datos personales.

Pero, y en tercer lugar, la citada 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 deter-

28 Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2020 sobre el papel de las instituciones de ombudsman y mediadores en la promoción y protección de los derechos humanos, la buena gobernanza y el estado de derecho; Recomendación CM/Rec(2021)1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 31 de marzo de 2021, a los Estados miembros sobre el desarrollo y el fortalecimiento de instituciones nacionales de derechos humanos eficaces, pluralistas e independientes

minados actos legislativos de la Unión, prevé (artículo 59) que “cada Estado miembro establecerá o designará autoridades nacionales competentes con el fin de garantizar la aplicación y ejecución del presente Reglamento. Las autoridades nacionales competentes se organizarán de manera que se preserve la objetividad e imparcialidad de sus actividades y funciones. 2. Cada Estado miembro designará una autoridad nacional de supervisión entre las autoridades nacionales competentes. La autoridad nacional de supervisión actuará como autoridad notificante y como autoridad de vigilancia del mercado, salvo que un Estado miembro tenga razones organizativas o administrativas para designar más de una autoridad...”. Previamente (artículo 56), se contempla la existencia de un Comité Europeo de Inteligencia Artificial, que ofrecerá asesoramiento y asistencia a la Comisión a fin de: a) contribuir a la cooperación efectiva de las autoridades nacionales de supervisión y la Comisión con respecto a las materias reguladas por el presente Reglamento; b) coordinar y contribuir a las orientaciones y los análisis de la Comisión y las autoridades nacionales de supervisión y otras autoridades competentes sobre problemas emergentes en el mercado interior con respecto a las materias reguladas por el presente Reglamento; c) asistir a las autoridades nacionales de supervisión y a la Comisión para garantizar la aplicación coherente del presente Reglamento.

Por lo que hace referencia a otro tipo de garantías, desde las instancias europeas “se insta a los Estados miembros a que apliquen requisitos de supervisión humana significativos y garanticen vías de recurso para quienes sean objeto de decisiones tomadas por la IA” (Resolución sobre la inteligencia artificial en la era digital, párrafo 271) y entre las vías de recurso deben estar tanto las de índole administrativa como, obviamente, las de carácter jurisdiccional.

En este último supuesto, si las eventuales lesiones de derechos derivadas del uso de la IA afectan a los derechos reconocidos en los artículos 31 a 38 CE, la persona directamente afectada o quien ostente un interés legítimo puede hacer uso del llamado procedimiento ordinario, mientras que cuando se reacciona jurisdiccionalmente por la posible vulneración de los derechos reconocidos en los artículos 14 a 30 CE, cabe acudir al procedimiento ordinario, al especial, preferente y sumario, o a ambos a la vez: mediante el procedimiento especial se garantiza la protección de los derechos fundamentales en su dimensión constitucional y a través del procedimiento ordinario se tutelan las cuestiones de mera legalidad que pudieran plantearse al hilo de la lesión.

Finalmente, si la IA o las tecnologías conexas hubieran sido empleadas para la lesión de uno de los derechos fundamentales protegidos por la vía del recurso de amparo podría requerirse su tutela al Tribunal Constitucional.