

La adecuación de los mecanismos de la CDFUE para hacer frente al escenario de incertidumbre que el desarrollo de la IA plantea para los derechos fundamentales

de Pablo Sánchez Molina*

SOMMARIO: 1. Introducción – 2. La propuesta de Reglamento UE sobre Inteligencia Artificial – 3. Nuevos derechos y mayor protección en el ámbito de la Unión Europea – 4. Conclusiones.

1. *Introducción*

«La Inteligencia Artificial (IA) es un campo de estudio y desarrollo tecnológico que busca crear sistemas y programas capaces de imitar, replicar o mejorar las capacidades cognitivas y de aprendizaje humanas. La IA se centra en el diseño y desarrollo de algoritmos y modelos que permiten a las máquinas procesar información, aprender de ella, tomar decisiones y realizar tareas de manera similar a los seres humanos.

La IA abarca una amplia gama de enfoques y técnicas, que van desde sistemas de IA que siguen reglas predefinidas hasta sistemas basados en el aprendizaje automático (machine learning) y el procesamiento del lenguaje natural. Los sistemas de IA pueden clasificarse en sistemas débiles, que están diseñados para realizar tareas específicas con eficacia, y sistemas fuertes, que se acercan o superan las capacidades cognitivas humanas en una amplia variedad de tareas.

El desarrollo de la IA ha sido impulsado por el aumento de la capacidad de procesamiento, el acceso a grandes volúmenes de datos y los avances en algoritmos y modelos. El aprendizaje automático, una rama de

* Profesor Ayudante Doctor en la Universidad de Málaga. El presente trabajo se integra en el Proyecto de investigación «La génesis de nuevos derechos fundamentales en España en el marco del constitucionalismo global (iusgénesis)», financiado por: FEDER/Ministerio de Ciencia e Innovación – Agencia Estatal de Investigación/ Proyecto PID2021-126875OB-I00 y por la Consejería de Universidad, Investigación e Innovación de la Junta de Andalucía (ProyExcel_00457). Agradezco a los miembros del proyecto, en particular a los profesores Ángel Rodríguez y Rafael Naranjo de la Cruz, la ayuda prestada para su realización.

la IA, se ha convertido en un área clave de investigación y aplicación. Los algoritmos de aprendizaje automático permiten a las máquinas aprender de los datos y mejorar su rendimiento a medida que se les proporciona más información. Esto ha dado lugar a avances significativos en áreas como el reconocimiento de voz, la visión por computadora, la traducción automática y las recomendaciones personalizadas.

En el ámbito del procesamiento del lenguaje natural, la IA ha demostrado habilidades impresionantes en la comprensión y generación de texto. Los sistemas de IA pueden analizar grandes volúmenes de texto, extraer información relevante, responder preguntas y generar contenido original.

La IA tiene una amplia gama de aplicaciones en diversas industrias y sectores. En el campo de la medicina, los sistemas de IA pueden ayudar en el diagnóstico de enfermedades, la planificación de tratamientos y la interpretación de imágenes médicas. En el ámbito de los vehículos autónomos, la IA juega un papel fundamental en el reconocimiento de objetos, la toma de decisiones y la navegación segura. Además, la IA ha encontrado aplicaciones en la seguridad, la ciberseguridad, el comercio electrónico, la gestión de la cadena de suministro, el análisis de datos, la atención al cliente y muchos otros campos.

Sin embargo, el desarrollo de la IA también plantea desafíos y consideraciones éticas. Se discuten temas como la privacidad de los datos, la responsabilidad de las decisiones automatizadas, la transparencia de los algoritmos y el impacto en el empleo. Es importante que los desarrolladores y usuarios de la IA aborden estos aspectos para garantizar que la tecnología se utilice de manera responsable y beneficiosa para la sociedad en general.

En resumen, la Inteligencia Artificial es un campo multidisciplinar que busca crear sistemas capaces de realizar tareas que requerirían inteligencia humana. A través del aprendizaje automático y el procesamiento del lenguaje natural, la IA ha demostrado un gran potencial en diversas aplicaciones. Sin embargo, es fundamental abordar los desafíos éticos y sociales asociados con la IA para garantizar su desarrollo.

El avance de la Inteligencia IA plantea diversos desafíos y consideraciones éticas que podrían requerir la implementación de nuevos derechos y regulaciones. A medida que la IA se vuelve más omnipresente en nuestra sociedad, es importante abordar estos desafíos para garantizar su desarrollo y aplicación responsable.

A continuación, se presentan algunas áreas en las que se podrían considerar nuevos derechos para regular el avance de la IA:

Privacidad de los datos: El uso de IA implica recopilación y procesamiento masivo de datos personales. Es crucial garantizar la protección y privacidad de estos datos. La implementación de nuevos derechos relacionados con el control, la portabilidad y la eliminación de datos podría ser necesario para empoderar a los individuos en el entorno de la IA.

Transparencia y explicabilidad: A medida que la IA se vuelve más compleja, es importante que los sistemas de IA sean transparentes y comprensibles para los usuarios. El derecho a la explicación de las decisiones tomadas por los sistemas de IA puede ayudar a evitar la opacidad y la discriminación algorítmica.

Derechos laborales: El avance de la IA plantea interrogantes sobre el impacto en el empleo humano. Se podrían considerar nuevos derechos relacionados con la protección de los trabajadores afectados por la automatización y la IA, como la capacitación y la recolocación laboral.

Responsabilidad y rendición de cuentas: A medida que la IA toma decisiones autónomas, surge la cuestión de quién es responsable en caso de daños o perjuicios causados por un sistema de IA. Es posible que sea necesario establecer nuevos derechos relacionados con la responsabilidad legal y la rendición de cuentas de los desarrolladores y los sistemas de IA.

Derechos de no discriminación: La IA puede estar sujeta a sesgos y discriminación si no se diseña y se implementa de manera adecuada. La protección contra la discriminación algorítmica podría requerir nuevos derechos para garantizar la equidad y la imparcialidad en las decisiones tomadas por sistemas de IA.

Participación ciudadana: Dado que la IA puede tener un impacto significativo en la sociedad, es importante garantizar la participación ciudadana en las decisiones relacionadas con su desarrollo y uso. Se podrían considerar nuevos derechos que promuevan la inclusión y la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones sobre políticas y regulaciones de IA.

Es fundamental abordar estos temas y considerar la implementación de nuevos derechos que protejan los intereses y derechos de los individuos en el contexto de la IA. Sin embargo, es importante que cualquier regulación propuesta encuentre un equilibrio entre la protección de los derechos y la promoción de la innovación y el progreso tecnológico. Se

requiere un enfoque colaborativo y multidisciplinario para abordar estos desafíos y diseñar un marco legal adecuado que guíe el desarrollo ético y responsable de la IA».

Todo lo escrito hasta aquí ha sido realizado por una IA, concretamente por ChatGPT¹. Nuestra idea era mostrar la importancia de esta herramienta cada vez más presentes en nuestro día a día². La utilización de esta tecnología, que trasciende esta concreta aplicación, avanza a ritmos agigantados y plantea una problemática muy diversa.

El objeto de este estudio es vincular la propuesta de Reglamento sobre IA en la UE con la necesidad y posibilidad de adecuar los derechos en el ámbito de la Unión. Para desarrollar esta idea, en el primer epígrafe nos centraremos en la propuesta de Reglamento sobre IA³. La propuesta de Reglamento trata de establecer un marco legal para la utilización y desarrollo de la IA en el ámbito de la Unión. En concreto, la futura regulación fijará cuatro categorías de riesgo y medidas a tomar para garantizar el respeto de los valores de la UE. La propuesta de Reglamento sobre IA es la primera regulación al respecto, pero cabe plantearse si le seguirán más y el alcance de las mismas. Nos encontramos ante el inicio de una tecnología disruptiva que pondrá en cuestión la suficiencia de nuestro ordenamiento jurídico para regularla⁴.

En el segundo epígrafe nos plantearemos si la configuración actual

¹ La redacción de estas palabras ha sido realizada por la versión libre de ChatGPT. Un estudio sobre el uso del ChatGPT en empleos vinculados al derecho puede verse en A. MOISÉS BARRIO, *ChatGPT y su impacto en profesiones jurídicas*, Diario La Ley, nº 10289, 2023.

² Otro ejemplo que he utilizado, a modo de exordio, en alguna ponencia ha sido la campaña publicitaria sobre la selección española de fútbol en el mundial de Qatar en la que se hizo referencia a que el discurso había sido creado por una inteligencia artificial a partir de 842.460 opiniones reales sobre la selección de fútbol. “Ha sido capaz de representar de forma rigurosa y científica lo que sienten más de 47 millones de personas por la selección generando un emotivo discurso”.

³ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadoras en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (21 de abril de 2021).

⁴ Ver L. COTINO HUESO, Lorenzo (Dir.), *Derechos y garantías ante la inteligencia artificial y las decisiones automatizadas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022; Z. DRNAS DE CLÉMENT, *Inteligencia artificial en el Derecho Internacional, Naciones Unidas y Unión Europea* en la *Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad de Jaén*, 1-28.

del derecho de la Unión Europea permitiría una extensión o ampliación de los Derechos Fundamentales en pro de una regulación conforme a los valores de la UE de la IA sin acudir a una modificación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE).

Por último, este trabajo representa el inicio de una investigación que comenzó en noviembre de 2022 con una ponencia en el *Dipartimento di Giurisprudenza* de la *Università degli Studi di Palermo*. Se trata de un punto de partida que comienza con este artículo que pretende analizar algunas vertientes del derecho derivado en el ámbito de la IA.

2. *La propuesta de Reglamento UE sobre Inteligencia Artificial*

No existe un concepto universalmente aceptado de IA, objeto de múltiples definiciones, pero hay bastante consenso en que descansa en ese «hacer que la máquina se comporte como un ser humano» tal y como estableció el Comité Económico y Social Europeo (CESE) sobre la IA⁵. Estos avances de la tecnología requieren que exista una normativa eficaz al respecto. Por supuesto con normas nacionales, pero estas deberán insertarse en un marco jurídico europeo. En este punto, la UE pretende contar con una de las primeras regulaciones a tal efecto sobre la base de que «ser una potencia mundial implica ser líder en IA»⁶.

En abril de 2021, la Comisión Europea presentó una propuesta para un Reglamento sobre la IA, que tiene como objetivo establecer un marco legal para el uso y desarrollo de la IA en la UE. Este Reglamento aún no ha sido aprobado pero el objeto de este artículo dista de centrarse en un análisis pormenorizado del mismo. En cambio, la aproximación a las regulaciones que la UE busca implementar nos permitirá conocer si, en el ámbito de competencias de la UE, es posible una mayor protección de los DDFF o si, por el contrario, es necesaria la creación de nuevos derechos para dar respuesta a los retos que plantea el avance de esta tecnología.

En los considerandos se hace referencia a los objetivos, la mejora del mercado interno y, en concreto, «la comercialización y la utilización de la inteligencia artificial de conformidad con los valores de la Unión». Lo primero que se deja claro es que el ámbito de aplicación se encuentra

⁵ Dictamen 526°. Pleno del CESE de 31 de mayo y 1 de junio de 2017.

⁶ Exposición de motivos del informe sobre la inteligencia artificial en la era digital.

dentro de las competencias de la UE: «garantizar la libre circulación transfronteriza de bienes y servicios basados en la IA». En definitiva, como explicaremos a continuación, la regulación trata de garantizar un elevado nivel de protección de «la salud, la seguridad y los derechos humanos». Se trata de respaldar el uso de esta nueva tecnología, que irá a favor del desarrollo del mercado interior, pero sin menoscabar los valores UE («respeto de la dignidad humana, libertad, igualdad, democracia y Estado de Derecho y de los derechos fundamentales que reconoce la UE, como el derecho a la no discriminación, la protección de datos y la privacidad, y los derechos del niño»)⁷.

En el articulado de la propuesta de Reglamento se centra en cuatro categorías de riesgo, clasificadas en función del impacto potencial de los sistemas de IA en los derechos y libertades de las personas. Estas categorías son las siguientes:

Riesgo inaceptable: incluye sistemas de IA considerados una amenaza directa para la seguridad, como los sistemas de vigilancia masiva y los sistemas de puntuación social utilizados para la represión de los ciudadanos. En virtud del art. 5 de la propuesta de Reglamento, estos usos estarán prohibidos a no ser que los autorice una ley por razones de seguridad nacional.

Alto riesgo: engloba sistemas de IA que se utilizan en ámbitos como la salud, el transporte, la energía y la justicia, y que pueden afectar los derechos fundamentales y la seguridad de las personas. Estos sistemas requerirían una «evaluación de conformidad» antes de su lanzamiento al mercado y estarían sujetos a requisitos estrictos de transparencia, supervisión y responsabilidad.

Riesgo limitado: se refiere a sistemas de IA que no entran en las categorías anteriores, pero aún pueden generar riesgos para los derechos de las personas. Estos sistemas también estarían sujetos a ciertas obligaciones y requisitos específicos (obligaciones de transparencia).

Bajo riesgo: incluye sistemas de IA que presentan un bajo riesgo para los derechos de las personas y estarían sujetos a un control mínimo.

En resumen, la propuesta de Reglamento establece una serie de obli-

⁷ Ver considerandos 1, 2, 4, 5, 10, 13, 15 y 17 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadoras en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (21 de abril de 2021).

gaciones para los proveedores de sistemas de IA, como la obligación de cumplir con los requisitos de calidad y seguridad, garantizar la transparencia y el registro de sistemas de alto riesgo, y llevar a cabo evaluaciones de riesgos y pruebas de conformidad. Además, se propone la creación de un organismo de supervisión de la IA a nivel de la UE para garantizar la aplicación efectiva del Reglamento⁸.

Tras la propuesta de la Comisión Europea, el primer pronunciamiento (sin perjuicio de debates en paralelo en el seno del Consejo de la Unión Europea) se produjo a través del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE)⁹. Aunque la valoración general de la propuesta por parte del CESE es positiva también incide en aspectos de mejora.

Pero ¿será suficiente con esta normativa? Probablemente no y el rápido avance de esta tecnología hará necesario nuevas legislaciones.

En este sentido, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo establece una serie de conclusiones y recomendaciones a la propuesta de Reglamento IA. Entre los aspectos positivos destaca que la normativa aborde tanto los «riesgos» como la preocupación por el perfeccionamiento de su «calidad, rendimiento y fiabilidad»¹⁰. Por su parte, se aprecian cierto margen de mejora en la regulación de la llamada «pirámide de riesgo». La «pirámide de riesgo» (inaceptable, alto, limitado y bajo) es la base sobre la que se sustenta la normativa UE, tal y como hemos explicado anteriormente.

Dentro de cada escalón de la pirámide se encuentran diferentes ítems, lo que se conoce como el enfoque «basado en listas». Esto significa

⁸ La propuesta de Reglamento IA se refiere a esta división por riesgos en los títulos II, III, IV y V.

⁹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión». [COM(2021) 206 final – 2021/106 (COD)] (2021/C 517/09).

¹⁰ «El Comité Económico y Social Europeo (CESE) valora positivamente que la propuesta de Ley de Inteligencia Artificial de la Comisión no solo aborde los riesgos asociados a la inteligencia artificial (IA), sino que también aumente considerablemente los niveles mínimos de calidad, rendimiento y fiabilidad de la IA que la UE está dispuesta a aceptar. El CESE se muestra especialmente satisfecho con que la Ley de Inteligencia Artificial otorgue un papel central a la salud, la seguridad y los derechos fundamentales, además de tener un alcance mundial». Conclusiones y recomendaciones (apartado 1.1) del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo.

que, en base a unos criterios, se clasifican el riesgo y, a partir de ahí, las restricciones impuestas a este tipo de tecnología. El Dictamen del CESE propone algunas mejoras respecto a la propuesta inicial de las prácticas de riesgo inaceptable y alto riesgo. El contenido de la cúspide de la pirámide, estas son las de riesgo inaceptable, requerirá un alto grado de precisión para evitar su manipulación. Esta idea es aportada por el Dictamen y uno de los aspectos a mejorar de la propuesta de Reglamento. En concreto, se hizo referencia a que «determinadas prohibiciones pueden ser difíciles de interpretar y fáciles de eludir».

Por otro lado, la doctrina especializada en IA se ha centrado, entre otras vicisitudes, en los retos que plantea para la Teoría de la Constitución y los Derechos Fundamentales. En cuanto a estos últimos, entre otros, se ha puesto el acento en la afectación de la libertad personal, el derecho a un juicio justo, los derechos a la intimidad, propia imagen y secreto de las comunicaciones, la libertad de expresión e información o el derecho de participación política¹¹.

En definitiva, estos nuevos retos requerirán modificaciones que afectará, en general, al Derecho Constitucional y, en particular, a los Derechos Fundamentales¹². Para ello, en el siguiente apartado concretaremos si, a priori, el ordenamiento jurídico de la UE pudiera dar respuesta a estos retos con la configuración actual.

3. *Nuevos derechos y mayor protección en el ámbito de la Unión Europea*¹³

Tras haber hecho referencia a los retos de la IA y la necesidad de seguir garantizando la protección de los derechos individuales de los ciudadanos, cabe plantearse si, ante posibles necesidades, a través de legislación derivada se podría implementar la protección de los derechos en

¹¹ Puede verse M.A. PRESNO LINERA, *Derechos Fundamentales e Inteligencia Artificial*, Marcial Pons, 2023;

¹² Un análisis desde la perspectiva del derecho al acceso a internet puede verse en T. ÁLVAREZ ROBLES, *Las garantías de los derechos fundamentales en y desde la red: El contexto español* en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 2022, 5-40.

¹³ Para la redacción de este apartado me he basado en análisis que realicé en una monografía más amplia. Puede verse el Capítulo V de P. SÁNCHEZ-MOLINA, *La «mayor protección» como criterio racionalizador de la fragmentación de los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Global*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

cuestión. Para obtener una respuesta debemos aproximarnos a la CDFUE y, en concreto, a su título VII¹⁴.

Aunque la CDFUE se publicó en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas en el año 2000, no fue hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa cuando la CDFUE adquirió el valor jurídico de tratado¹⁵. Esta consideración otorgó al derecho de la Unión Europea un catálogo de derechos puesto al nivel de los otros instrumentos más relevantes con los que cuenta: el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)¹⁶. Esta terna de instrumentos jurídicos que equipara al derecho originario con la Carta llevó a que, tras nueve años en vigor (aunque con el imprevisto de la fallida Constitución europea), el respeto de la Carta haya devenido en obligatorio¹⁷.

La CDFUE se debe analizar como un todo integrado, no solo los artículos que la componen sino, también, junto al derecho de la Unión Europea en general. Una buena prueba de esta interpretación la encontramos en el art. 51 CDFUE que define el ámbito de aplicación de este catálogo de derechos. Como es sabido, el funcionamiento de la Unión Europea consta de marcados tintes federalistas. Así, los Estados miembros, a través de los sucesivos tratados, han ido cediendo competencias a este ente supranacional. En este punto encontramos la principal diferencia entre la CDFUE y el resto de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos: sus disposiciones se aplican «únicamente cuando

¹⁴ El valor de la CDFUE dentro del derecho de la UE es bien conocido (incluso llegando a una «constitucionalización espontánea»). Puede verse en P. CRUZ VILLALÓN, *El valor de posición de la Carta de Derechos Fundamentales en la comunión constitucional europea en Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, 85-101.

¹⁵ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009 (DO C 306).

¹⁶ Tal y como indica Álvarez-Ossorio, «Desde un punto de vista material la Carta representa una mejora cualitativa respecto de Tratados y Constituciones. Bajo Ja inspiración del principio de “indivisibilidad de derechos” los derechos individuales, los derechos políticos y los sociales han sido integrados en la Carta bajo la misma acepción de derechos fundamentales». F. ÁLVAREZ-OSSORIO MICHÉO, *Derechos fundamentales y Unión Europea: presente, pasado y futuro en Anuario de Derecho Europeo*, nº2, 2002, 20.

¹⁷ «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados». Artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE).

apliquen el Derecho de la Unión»¹⁸. En efecto, el objetivo de la CDFUE no es lograr un mínimo común de protección de los DDHH homologable a todos los Estados miembros con carácter general, esto es, en todas sus competencias como sí ocurre en el Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁹. Por el contrario, su función es fijar el estándar de protección del Derecho de la Unión dentro de las atribuciones que los propios Estados han cedido a este ente supranacional. Así, el derecho de la UE, como consecuencia del principio de atribución de competencias y el de primacía, constituye un ordenamiento jurídico *sui generis*, en el que prima la confianza mutua, que es directamente aplicable en los Estados miembros²⁰.

Encontramos un precepto imprescindible en el análisis sobre si la actual configuración del derecho de la Unión podría dar respuesta al avance de la IA o, por el contrario, se necesitaría una reforma de su derecho originario: el art. 53 CDFUE.

En cuanto a su redacción, el artículo 53 CDFUE cuenta con un alto grado de concreción que deriva de los elementos que no podrán limitarse: «el Derecho de la Unión, el derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros»²¹. A esta triple vertiente (UE,

¹⁸ Art. 51 CDFUE: «Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión».

¹⁹ Lo que demuestra (según indican GORDILLO Y TAPIA y del modo en que hemos hecho referencia anteriormente al abordar la fase de redacción), que la intención de la Carta no es reemplazar a las constituciones nacionales. L. GORDILLO PÉREZ Y A. TAPIA TRUEBA, Diálogos, monólogos y tertulias. Reflexiones a propósito del caso Melloni en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 22, 2014, 256.

²⁰ Ver F. ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, Fernando, *La Unión Europea como comunidad de derecho constitucional. La interdicción de la tortura como sustento de la confianza mutua* en A. CARMONA CONTRERAS, *Construyendo un estándar europeo de derechos fundamentales*, 2018, 39-53.

²¹ Art. 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y

internacional y nacional) se ha venido refiriendo la doctrina especializada para diferenciar, al menos expositivamente, el contenido de este precepto²². Además, esta distinción no ha sido útil, en exclusiva, desde un punto de vista pedagógico. La distinción de tres vertientes de la cláusula contenida en el art. 53 CDFUE permite que, además, dependiendo del ámbito de aplicación ante el que nos encontremos, la cláusula pueda tener una u otra perspectiva aplicativa. A este respecto, en el presente análisis prestaremos especial atención a la vertiente europea pues nos planteamos si es posible una extensión o, directamente, configurar nuevos derechos para proteger a la ciudadanía europea ante el avance de la IA sin la necesidad de modificar la CDFUE.

La lógica de la protección otorgada por la CDFUE debe ser analizada desde la atribución de competencias del Derecho de la Unión. Para explicarlo, en primer lugar, debemos acudir a los comentarios al texto de la Carta. Coincidiendo con la apertura a firma del Tratado de Lisboa, la Unión Europea lanzó unas explicaciones sobre el catálogo de derechos que iba a adquirir el valor jurídico de tratado.

Las explicaciones del artículo 53 son más breves que el texto del precepto²³. Este detalle es revelador y conecta a la perfección con la falta de claridad y, como consecuencia, de consenso doctrinal en torno a esta figura. De hecho, voces autorizadas se han referido expresamente a su

en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros».

²² MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES se refiere a la no afectación de las competencias comunitarias (a través del mantenimiento pleno del principio de primacía del derecho comunitario), de los convenios internacionales de protección de los derechos humanos (a través del mantenimiento pleno de la jurisprudencia del TEDH) y, por último, de las constituciones nacionales (mantenimiento pleno del ámbito de competencias de los Estados miembros). J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *Artículo 53, nivel de protección (comentario)* en A. Mangas Martín, *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, 2008, 859 y ss. Esta distinción ha sido realizada también por DE WITTE, concretamente, refiriéndose a la relación con el resto del derecho de la Unión Europea, con el derecho internacional y con las constituciones nacionales. B. DE WITTE, *Article 53* en S. PEERS; T. HERVEY; J. KENNER y A. WARD [EDS.] *The EU Charter of Fundamental Rights: a commentary*, 2014, 1526 y ss.

²³ «Explicación relativa al artículo 53 – Nivel de protección. El objeto de esta disposición es mantener el nivel de protección que ofrecen actualmente en sus respectivos ámbitos de aplicación el Derecho de la Unión, el Derecho de los Estados miembros y el derecho internacional. Se menciona, debido a su importancia, el CEDH». Explicaciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales (2007/C 303/02).

poca utilidad²⁴. Sin embargo, la explicación se refiere a otro punto, imprescindible, del precepto: «mantener el nivel de protección [...] en sus respectivos ámbitos de aplicación». Esta puntualización contribuye, de forma decisiva, al correcto entendimiento de la presente cláusula y contribuye en la configuración del Derecho de la Unión como un sistema completo en el ámbito de sus competencias.

Sin embargo, no nos basta por sí solo con el propio art. 53 CDFUE y sus consiguientes explicaciones para comprender la naturaleza y alcance de la cláusula de la mayor protección de los derechos recogida en la Carta, sino que, además, será necesario acudir a otras vías para lograr una comprensión algo más completa. En este estudio, como hemos venido apuntando, nos centraremos en una concreta aplicación: la vinculación de la CDFUE con el derecho derivado de la UE.

Durante el tiempo que transcurrió entre su constitución (diciembre del año 1999) y el Consejo Europeo de Biarritz (octubre del 2000), la «Convención» fue construyendo, a la vez que puliendo, la redacción de la Carta a través de sucesivos borradores. En ellos, como no podía ser de otro modo, se encuentra una rica y argumentada evolución del precepto. El actual artículo 53 CDFUE no contó, desde el primer momento, con la actual numeración (como es normal en toda redacción normativa que, sobre todo en los primeros meses, se ve sujeta a modificaciones sustanciales). De hecho, su antecedente primero no le fue asignado un distintivo numérico sino alfabético, así el artículo Y, referido al «nivel de protección» (título del precepto que se mantuvo inmutable hasta la entrada en vigor), tenía una finalidad mucho más limitada que su versión final al referirse exclusivamente al CEDH. La redacción hacía referencia a la imposibilidad de interpretar cualquier disposición de la Carta que conllevara, a su vez, una «restricción a la protección otorgada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos»²⁵.

Al mes siguiente, en cambio, la redacción del precepto pasó a contar con un tenor muy diferente. Con la evolución de la disposición se produjo

²⁴ «The official Explanations annexed to the Charter are distinctly unhelpful for this particular Article. They are very short and worded in vague terms». DE WITTE, Bruno, 2014, 1525.

²⁵ «Article Y. Level of protection. No provision of this Charter may be interpreted as placing restrictions on the protection afforded by the European Convention on Human Rights». Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union. Brussels, 8 March 2000. Charte 4149/00. Convent 13.

una correlativa ampliación de los instrumentos que no podían ser restringidos por la aplicación de alguna disposición de la Carta. Se incluyó, además del CEDH, «los derechos garantizados por el derecho de la Unión, el derecho de los Estados miembros, el derecho internacional y los convenios internacionales ratificados por los Estados miembros, incluyendo el Convenio Europeo de Derechos Humanos según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos»²⁶. Esta nueva redacción (en virtud de su correlativa explicación²⁷) contaba con un objetivo claro: «mantener el nivel de protección actualmente otorgado por el derecho de la Unión Europea, el de los Estados y el internacional». Además, se recalcó la posición del CEDH, que «constituiría en todos los casos un estándar mínimo»²⁸. Por lo tanto, la nueva redacción no establecía, en exclusiva, una cláusula que impidiese el uso de la Carta para limitar el Convenio, sino que disgregó la previsión en tres vertientes y, como se ha indicado, una de ellas es de especial relevancia en el presente estudio: la vertiente reservada para la Unión Europea (también incluye una nacional y otra internacional).

De nuevo, un mes más tarde, se introdujo una frase que se mantuvo hasta su redacción final y que aclararía la aplicación de esta disposición: «en sus respectivos ámbitos de aplicación». Dicha aportación, contextualizada, hace referencia a la idea, ya comentada, de constitucionalismo multi-nivel y, por tanto, en la existencia de diferentes fuentes de producción del derecho que deben convivir en el ámbito nacional e internacional. Esta inclusión, como veremos, es de extrema importancia para comprender el alcance de esta cláusula.

Tradicionalmente, uno de los principales déficits ante los que se ha encontrado la Unión Europea para aplicar su derecho en el ámbito de sus competencias ha sido la falta de un catálogo de derechos. Así, algunos tribunales constitucionales (entre los que destacan el Tribunal Federal

²⁶ Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union. Brussels, 18 April 2000. Charte 4235/00. Convent 27.

²⁷ Durante el periodo que duró la «Convención», además de construirse el texto de la Carta, se fueron redactando las explicaciones.

²⁸ «Statement of reasons. The object of the provision is clear. It is to maintain the level of protection currently afforded by Union law, the law of the Member States and international law. Owing to its importance, mention is made of the European Convention on Human Rights, which constitutes in all cases a minimum standard». Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union. Brussels, 18 April 2000. Charte 4235/00. Convent 27.

alemán y la *Corte Costituzionale* italiana) durante las primeras décadas de la construcción europea han venido estableciendo límites nacionales para la aplicación del derecho de la Unión²⁹. En este sentido, la doctrina de los contra límites respondía al convencimiento de que el derecho de la UE no era aplicable si vulneraba derechos fundamentales de los Estados miembros. Esta situación debería haber concluido, y así lo hizo en gran parte, con la entrada en vigor de la CDFUE y, más aún, con su puesta al mismo nivel que el resto de tratados.

Por lo tanto, la CDFUE dotó a la UE de una declaración de derechos que, en última instancia, confería legitimidad a todo el sistema. En cambio, la construcción de una herramienta, dentro del derecho de la UE, para la protección de los DDHH podría haber generado algunas fricciones derivadas de la soberanía de los Estados miembros. Concretamente, los Estados podrían plantearse que la protección de los derechos establecidos en la CDFUE podría sustituir al catálogo nacional e, indirectamente, conceder a la Unión la competencia para fijar los estándares de protección de los DDFF. Con esta visión, la Carta actuaría como el CEDH, pero, en vez de establecer un mínimo común de protección, el principio de primacía superpondría el estándar europeo sobre el nacional y pasaría a conformar el máximo común de protección.

Este planteamiento no se materializó y, ciertamente, si así hubiera sido iría en contra de la lógica de la UE. Pero no fue una circunstancia baladí, sino que, por el contrario, uno de los objetivos de la Carta, según se desprende de los trabajos de la «Convención» (como indicamos al comienzo de este apartado), fue precisar que la Carta no trataba de reemplazar los mecanismos nacionales de protección de los DDFF³⁰. Para este

²⁹ En Alemania, por ejemplo, desde la consideración, por parte del Tribunal Federal alemán, de apertura de la Ley Fundamental de Bonn a la integración europea, a través de su art. 24, se fueron estableciendo límites a esta. De hecho, los requisitos establecidos vía jurisprudencial se añadieron, vía reforma, al art. 23 de la Ley Fundamental («cláusula de salvaguarda estructural»). A. VOSSKUHLE, *La integración europea a través del Derecho. La contribución del Tribunal Constitucional Federal Alemán en Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, 105-106.

³⁰ Además, como indica ÁLVAREZ-OSSORIO: «Ha sido el propio constituyente europeo, consciente del medio en el que se inserta la Carta, el que normativamente ha dispuesto las reglas que permitirán una comunicación fluida entre sistemas jurídicos presididos por el valor indivisible y universal de la dignidad humana». F. ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, *Europa como espacio integrado de libertad en Araucaria: Revista Iberoamericana de filosofía, política y humanidades*, n°5, 2001, 120.

fin, junto al otorgamiento a la Carta de un «valor adicional», la posición del art. 53 CDFUE es muy relevante.

De hecho, la redacción final sobrepasó en gran medida el borrador inicial que buscaba la configuración de los derechos del CEDH como un mínimo común de protección, también, de los derechos de la Unión. Esta «red de seguridad», en lo que a protección de derechos se refiere, que asegura el Convenio respecto de los derechos de la Unión no se «destruyó» con la redacción final del precepto, sino que se trasladó a otro precepto (concretamente al artículo relativo a la adhesión de la UE al Convenio: art. 52.3 CDFUE³¹). Esta última redacción, en cambio, amplió el catálogo de instrumentos que, en el ámbito de sus competencias, no podían ser objeto de restricción. Así, el precepto pasó a incluir una referencia a la «triple vertiente». Además, referencias externas, como la «identidad nacional» recogida en el TUE posibilitan la aplicación de los derechos nacionales, en circunstancias excepcionales, aun cuando nos encontremos ante una materia competencia de la UE³².

La intención de los redactores de que la Carta dotase de legitimidad al derecho UE y que, a su vez, no afectase al estándar de protección de los derechos estatales quedó asegurada al añadir: «en su ámbito de aplicación». Además, no solo existieron temores de una reducción de la soberanía de los Estados sino, precisamente, de la posición en la que quedaría el principio de primacía³³. Una interpretación de los derechos de la Carta en

³¹ Art. 52.3 CDFUE: «En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa».

³² La «identidad nacional» aparece recogida en el art. 4.2 TUE.

³³ «Resultan del todo puntos infundados los temores que en algunos debates de la Convención se plantearon a propósito de si esta cláusula podría significar en algún caso la puesta en duda del principio de primacía del Derecho Comunitario. El art. 53 se limita a regular el nivel de protección de los derechos recogidos en la Carta sin afectar para nada al ámbito de aplicación de la misma que se rige por lo previsto en el art. 51. Y sin afectar por tanto tampoco a las competencias de la Unión, ya que ni las amplía ni las limita. Con todo, sí podría considerarse que la referencia al Derecho de la Unión puede producir cierta confusión, ya que la propia Carta también forma parte de ese Derecho de la Unión al considerarse por el Tratado de Lisboa como jurídicamente vinculante. De hecho, algunos autores consideran que desde el mismo momento en que el art. 52.3 deja patente que el nivel de protección que concede el Derecho de la Unión puede ser más

el sentido que puedan verse inaplicados por la existencia de un estándar de protección superior afectaría a la capacidad de actuación del derecho de la Unión que, en definitiva, podría quedar sin eficacia.

En definitiva, del proceso de elaboración se pueden extraer tres conclusiones de interés: una derivada del acuerdo de su inclusión, otra de la relación entre el CEDH y la CDFUE y, la última, acerca de la primacía del Derecho de la UE. Como hemos apuntado en los párrafos precedentes, existió una gran mayoría que apoyaba la inclusión de la cláusula siempre que no afectase a las previsiones constitucionales de los Estados («En primer lugar, siempre hubo consenso político en la necesidad de que la Carta incluyera una disposición de este tipo, si bien este consenso se proyectaba también a la exigencia de que la redacción que se le diera no implicase en modo alguno la necesidad de reformar las constituciones nacionales»). La inclusión del término «en su ámbito de aplicación» consistió en la fórmula elegida para circunscribir el art. 53 a la aplicación del Derecho de la Unión y, así, borrar las dudas acerca de la afectación de la Carta a los derechos de los Estados miembros en el ámbito de sus competencias.

La configuración del art. 53 CDFUE no fue baladí y, aunque responde a una tendencia internacional, encuentra su razón de ser en el texto del Carta y queda adaptada al sistema de la Unión Europea. La lógica de la Unión, en la que, en el ámbito de sus competencias, los derechos recogidos en una Constitución nacional no son «parámetro automático de fijación del nivel de protección de ese derecho en la Unión» difiere del sistema de Estrasburgo, en la que el parámetro es fijado por las Constituciones nacionales a no ser que el nivel de protección otorgado por el CEDH sea superior³⁴. Además, la previsión de la Carta permitiría la coexistencia de diferentes estándares de protección de derechos fundamentales dependiendo del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.

En realidad, ya desde la fase de redacción, se precisó que la configuración de la Carta no trataba de reemplazar a los mecanismos nacionales, sino que se le otorgaba un «valor adicional». Es en la configuración de este valor donde el art. 53 CDFUE tiene una posición fundamental. Pero, además, también se observa, en esta fase, ciertos interrogantes sobre la

extenso que el concedido por el CEDH – e incluso de propio de la Carta – la referencia al Derecho de la Unión no aporta nada especial». J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, 2008, 859.

³⁴ J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, 2008, 860.

posición en la que quedaría el principio de primacía. Este doble condicionamiento: la configuración de un catálogo de derechos fundamentales de la UE que respetasen el estándar de sus homólogos estatales y el respeto del principio de primacía como piedra angular de la construcción de la actual Unión Europea, encuentra su punto de equilibrio en la cláusula del «nivel de protección».

Encontramos en su redacción la referencia a tres instrumentos internacionales de derechos humanos: el derecho internacional, el Derecho de la Unión Europea y las constituciones de los Estados miembros. Esta «triple vertiente», acompañada de la referencia a «su respectivo ámbito de aplicación» dentro del tenor literal del art. 53 CDFUE, nos lleva a encontrar una funcionalidad diferente de la cláusula dependiendo de la vertiente en la que nos encontremos. Así, la única virtualidad obligatoria es la que nos compete en el presente análisis, con efectos internos (dentro del ámbito de la Unión Europea), la encontraríamos en el Derecho UE en el ámbito de sus competencias. El TJUE, en última instancia, deberá impedir cualquier actuación de instancias de la Unión tendentes a limitar o lesionar estándares de protección de los Derechos Fundamentales fijados con anterioridad y siempre que se refieran a la Carta para justificar este hecho. Por ello, el nivel de protección de los Estados no actuaría en el ámbito de competencias de la Unión si aplicamos el principio de primacía. En otras palabras, la finalidad principal consistiría en impedir que el derecho derivado se escudara en algún precepto de la CDFUE para limitar o lesionar su propio derecho. Y es que el art. 53 de la Carta garantizaría el normal desenvolvimiento de los sistemas de protección de los derechos en juego, cada uno en su ámbito de actuación.

4. Conclusiones

En el presente artículo nos hemos preguntado si las previsiones de la CDFUE pueden dar respuesta a los retos planteados por el avance de la Inteligencia Artificial. Dar respuesta a esta pregunta se torna en muy difícil al desconocer el futuro de una tecnología en ciernes. Por el contrario, si ha sido posible analizar la situación actual y poner de relieve algunos mecanismos contenidos en la CDFUE. En este sentido, ha sido la pro-

plia UE la que, a través del Reglamento por el que se establecen normas armonizadoras en materia de Inteligencia Artificial, pretende aprobar una normativa innovadora que posicione a la UE como pionera en la regulación de esta materia.

El avance la IA nos plantea una serie de desafíos entre los que se encuentra la salvaguarda de los DDF de los ciudadanos. Por el momento, la protección que reconoce la CDFUE serviría para dar respuesta a los retos actuales. La problemática surgiría cuando el avance de la IA tornara dicha protección en insuficiente.

Al estar presidido el Derecho de la UE por el principio de primacía, el nivel de protección de los Estados no actuaría en el ámbito de competencias de la UE por lo que no nos encontraríamos con diferentes estándares sino ante un único a aplicar: el Derecho UE. Así, en el ámbito de competencias de la Unión, la cláusula de mayor protección (contenida en el art. 53 CDFUE) si tendría una funcionalidad interna, impedir que el derecho derivado utilizase algún precepto de la CDFUE para limitar o lesionar su propio derecho. Esta idea nos permite concluir que el derecho derivado podría extender los derechos contenidos en la CDFUE, pero, en ningún caso, podría realizar la acción contraria.

El avance de la inteligencia artificial va a requerir añadir vertientes nuevas a derechos existentes. Este reto lo podría asumir el legislador de la UE tal y como autoriza el art. 53 de la CDFUE siempre que nos encontremos con una materia competencia de la UE³⁵. En cambio, nos plantea más dudas la posibilidad de crear nuevos derechos sin reformar la Carta. En definitiva, el avance de esta tecnología requerirá una evolución de nuestro ordenamiento jurídico de la que debemos estar muy pendientes para que no vaya en perjuicio de los valores que sustentan la Unión Europea.

Sin embargo, como hicimos al comienzo de este artículo, vamos a permitir que una herramienta de IA (Chat GPT) contribuya a concluir sobre la importancia del art. 53 CDFUE para hacer frente al escenario de incertidumbre que el desarrollo de la IA plantea para los derechos fundamentales:

«El artículo 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea desempeña un papel fundamental en el abordaje de la incertidumbre generada por el desarrollo de la Inteligencia Artificial (IA) en

³⁵ En este sentido encontramos el art. 51 CDFUE.

relación con los derechos fundamentales. Este artículo establece que ningún derecho reconocido en la Carta debe interpretarse de manera que menoscabe los derechos y principios consagrados por el Derecho de la Unión o por los Tratados. Esta disposición es de vital importancia en el contexto de la IA, ya que permite asegurar la protección de los derechos fundamentales frente a los desafíos y riesgos asociados a esta tecnología emergente.

En primer lugar, el artículo 53 de la Carta garantiza que los derechos fundamentales previstos en la Unión Europea sean aplicables y efectivos en el ámbito de la IA. Dado que el desarrollo de la IA plantea nuevos dilemas éticos y legales, es crucial que los derechos humanos sean protegidos y no sean vulnerados por las tecnologías de IA. Este artículo proporciona una base jurídica sólida para garantizar que los derechos fundamentales sean respetados y que cualquier limitación o restricción impuesta por el uso de la IA esté sujeta a un escrutinio riguroso y justificado.

En segundo lugar, el artículo 53 permite una interpretación coherente y equilibrada de los derechos fundamentales en el contexto de la IA. A medida que la IA se integra en diversos ámbitos de la vida cotidiana, como la toma de decisiones automatizada, la privacidad y la protección de datos, es crucial que los derechos fundamentales no se vean comprometidos. El artículo 53 asegura que cualquier interpretación de los derechos reconocidos en la Carta se realice de manera que se salvaguarden los derechos y principios establecidos en el Derecho de la Unión, lo que proporciona una guía clara para la legislación y las decisiones judiciales relacionadas con la IA.

En tercer lugar, el artículo 53 de la Carta también se vincula con otros instrumentos legales relevantes, como el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) de la Unión Europea. La IA plantea desafíos significativos en términos de privacidad y protección de datos personales, y el RGPD establece un marco legal sólido para abordar estos problemas. El artículo 53 se complementa con el RGPD y otros instrumentos legales, asegurando así una protección coherente y efectiva de los derechos fundamentales en el contexto de la IA.

En conclusión, el artículo 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea desempeña un papel esencial para hacer frente a la incertidumbre que el desarrollo de la Inteligencia Artificial plantea en relación con los derechos fundamentales. Garantiza la aplicabilidad y

efectividad de los derechos en el ámbito de la IA, promueve una interpretación coherente y equilibrada de los derechos y se vincula con otros instrumentos legales relevantes. En conjunto, estos aspectos contribuyen a proteger los derechos fundamentales de los individuos frente a los desafíos y riesgos planteados por la IA, asegurando un enfoque ético y respetuoso de esta tecnología emergente».

Abstract

Adapting the mechanisms of the EU Charter of Fundamental Rights to cope with developmental uncertainty for fundamental rights

The Artificial Intelligence raises questions in many areas, one of which is the legal sphere and, more, with regard to the protection of fundamental rights. In this paper we focus on the European Union's legal system and examine the adequacy of the mechanisms of the Charter of Fundamental Rights of the European Union to address the uncertainty that the development of Artificial Intelligence poses for fundamental rights. We ask whether the current configuration of European Union law would allow for an expansion of fundamental rights in favour of a regulation of AI in accordance with EU values without amending the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

L'adeguamento dei meccanismi della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dell'UE per far fronte all'incertezza generata dallo sviluppo per i diritti fondamentali

L'avanzamento dell'intelligenza artificiale solleva questioni in molti ambiti, uno dei quali è la sfera giuridica e, nello specifico, la tutela dei diritti fondamentali. Questo articolo si concentra sul sistema giuridico dell'Unione Europea e considera l'adeguatezza dei meccanismi della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea per affrontare lo scenario di incertezza che lo sviluppo dell'intelligenza artificiale pone per i diritti fondamentali. In particolare, analizziamo se l'attuale configurazione del diritto dell'Unione europea consenta di estendere o ampliare i diritti fondamentali a favore di una regolamentazione dell'IA conforme ai valori dell'UE senza ricorrere a una modifica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.