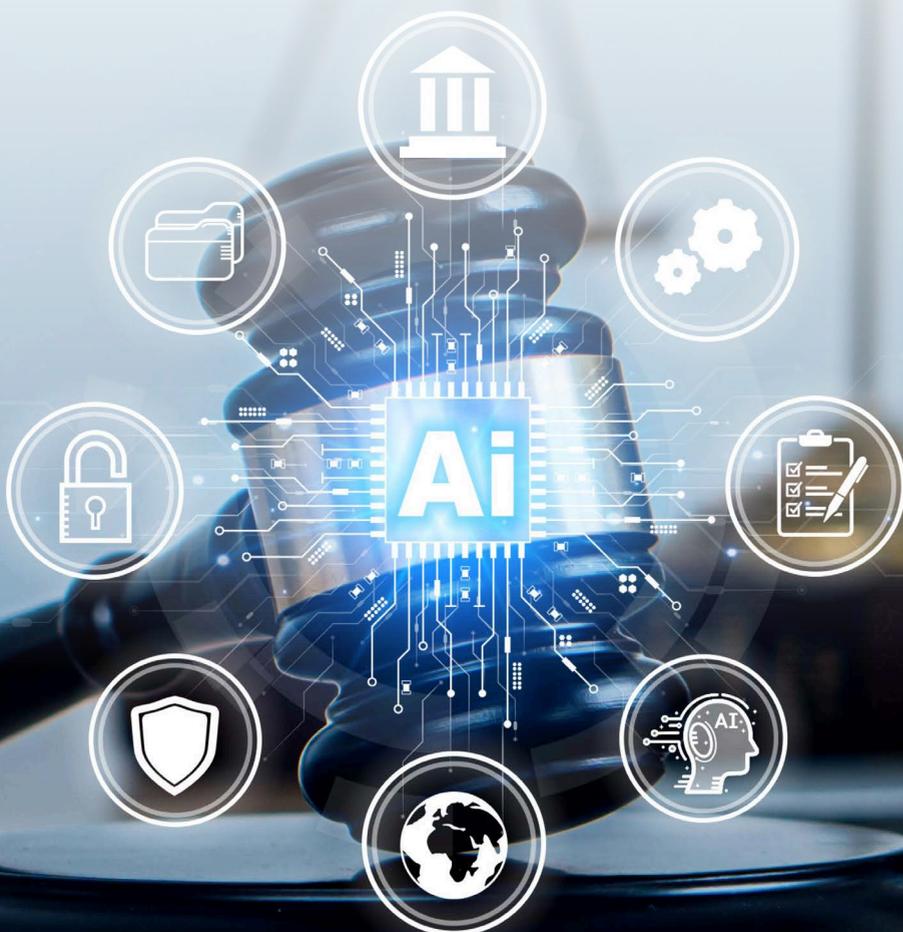


VALENTINA FAGGIANI
GABRIELLE BEZERRA SALES SARLET
DIRECTORAS

Retos del derecho ante la IA

APUNTES DESDE
UNA PERSPECTIVA
INTERDISCIPLINAR



JIB
BOSCH EDITOR

La Inteligencia Artificial está afectando a todos los aspectos de nuestras vidas y con ello a las principales categorías del Derecho, transformándolas. Todo ello hace necesario su replanteamiento y reformulación, a través de un enfoque basado en los derechos fundamentales, que ponga al individuo en el centro. En este sentido, la IA puede producir no solo ventajas para la economía, el desarrollo y las empresas, sino que conlleva también importantes riesgos. La presente publicación realiza una primera aproximación, centrándose en los efectos de estas herramientas y en las respuestas adoptadas, se profundiza en el impacto en los derechos fundamentales y en la democracia, en su aplicación para hacer frente a los desafíos de la globalización como las migraciones y el cambio climático y en la incidencia de esta tecnología en la protección de los datos personales, que puede verse vaciada de contenido.



VALENTINA FAGGIANI
GABRIELLE BEZERRA SALES SARLET
DIRECTORAS

Retos del derecho ante la IA

APUNTES DESDE
UNA PERSPECTIVA
INTERDISCIPLINAR

Barcelona
2024

JIB
BOSCH EDITOR

La obra ha sido financiada en el marco del Módulo Jean Monnet,
«Challenges to justice in the EU: perspectives for reform»,
2022-2025, ERASMUS-JMO-2022-MODULE, 101085462

© MAYO 2024 VALENTINA FAGGIANI
GABRIELLE BEZERRA SALES SARLET
(Directoras)

© MAYO 2024 
Librería Bosch, S.L.
<http://www.jmboscheditor.com>
<http://www.libreriabosch.com>
E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-10044-74-6
ISBN digital: 978-84-10044-75-3
D.L.: B 7187-2024

Diseño portada y maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

Índice

Prólogo	17
VALENTINA FAGGIANI y GABRIELLE BEZERRA SALES SARLET	

SECCIÓN I

IA, DERECHOS FUNDAMENTALES Y DEMOCRACIA

CAPÍTULO 1

La tutela judicial efectiva como centro de la justicia en el Estado de derecho	27
VALENTINA FAGGIANI	
1. La naturaleza polivalente y contradictoria de la IA.....	27
2. El complejo desarrollo de un nuevo concepto de «justicia compartida»: entre impulsos a la innovación tecnológica y perfiles de inconstitucionalidad	33
3. ¿Puede el «juez algoritmo» sustituir al «juez persona» ex arts. 24 y 117 CE? ¿Y en su caso en qué medida? ...	36

4.	La tutela judicial efectiva como centro del sistema de justicia en el Estado de derecho ante las tendencias disolventes y diluyentes derivadas de la IA	42
5.	Referencias bibliográficas.....	50

CAPÍTULO 2

	Bases para o enfrentamento e a superação das dificuldades dogmático-epistêmicas de uma abordagem antidiscriminatória em processos algoritmizados	57
--	--	----

GABRIELLE BEZERRA SALES SARLET, LUCAS RECKZIEGEL WESCHENFELDER

1.	Antidiscriminação como evolução	58
1.1.	Discriminação e antidiscriminação.....	60
1.2.	A situacionalidade da antidiscriminação	64
1.3.	Subjetividade e objetividade de momentos sociojurídicos (anti)discriminatórios.....	71
2.	Algoritmização e antidiscriminação	76
2.1.	Assimetrias – a contingência da máquina e a contingência do ser	77
2.2.	Algoritmização estrutural e riscos discriminatórios ou a algoritmização da discriminação e seus riscos estruturais.....	82
2.3.	Olhar voltado aos propósitos explícitos e subjacentes como elemento preventivo e integrador de processos antidiscriminatórios contextuais no universo algoritmizado	86
3.	Conclusão	96
4.	Referências	98

CAPITOLO 3

La trasformazione della libertà d'espressione dal mondo liberale al mondo digitale. Quale futuro per i principi classici del costituzionalismo?..... 103

PALMINA TANZARELLA

1. Alcune coordinate introduttive 103
2. La fase della libertà 105
3. La fase dell'impegno 111
4. La fase della libertà responsabile 115
 - 4.1. L'esercizio responsabile del diritto di esprimersi da parte degli autori delle idee..... 119
 - 4.2. L'esercizio responsabile del diritto di esprimersi da parte di soggetti terzi 125
5. Osservazioni conclusive..... 132
6. Bibliografia. 134

CAPÍTULO 4

Inteligencia artificial y democracia: una aproximación jurídica desde el derecho constitucional..... 139

JORGE CASTELLANOS CLARAMUNT

1. La inteligencia artificial desde el plano social 139
 - 1.1. La fuerza transformadora de la inteligencia artificial 145
 - 1.2. Reflexiones sobre la mejora vital aparejada al avance de la inteligencia artificial..... 147
2. Perspectiva democrática de la inteligencia artificial 150
3. Como contrapunto, una aproximación positiva a la inteligencia artificial 153

4.	La IA en las Administraciones Públicas: la necesidad de la transparencia de la inteligencia artificial.....	157
5.	Conclusiones.....	161
6.	Bibliografía.....	162

SECCIÓN II

LA IA ANTE LOS DESAFÍOS DE LA GLOBALIZACIÓN: MIGRACIONES Y CAMBIO CLIMÁTICO

CHAPTER 5

	Artificial intelligence in the control of migratory flows in the EU. The need for a regulatory framework that guarantees fundamental rights.....	169
	<small>FRANCISCO JAVIER GARRIDO CARRILLO</small>	

1.	The european commitment to good governance of IA systems	170
1.1.	Risk management systems and data governance	170
1.2.	The ETIAS system	174
1.3.	The guarantees offered by the ETIAS system.....	177
1.4.	Adopting the interoperability approach	179
1.5.	The apparent «neutrality» of «smart» technologies	182
2.	The strengthening of the standards for the protection of migrants' rights by the European Court of Justice...	186
2.1.	Key issues.....	186
2.2.	Case T-158/19 [CJEU of 15 December 2021 (<i>Breyer/REA</i>)]	188

2.3. Case C-817/19 - <i>Ligue des droits humains / Conseil des ministres</i> - (CJEU - Grand Chamber - 21 June 2022)	194
3. Final considerations	199
4. Bibliography	204

CAPÍTULO 6

Inteligência Artificial no controle migratório internacional: uma análise à luz da experiência regulatória europeia acerca dos impactos nos direitos humanos e fundamentais das pessoas em movimento	209
GABRIELLE BEZERRA SALES SARLET, CAROLINE DIMURO BENDER D'AVILA	

1. Introdução.....	210
2. O impacto das «novas tecnologias» no cenário atual ..	211
3. A utilização de aplicações de IA no controle migratório: riscos para os direitos humanos e fundamentais das pessoas em movimento	224
4. A regulação da Inteligência Artificial na União Europeia: uma análise crítica no que se refere à proteção das pessoas em situação de asilo, imigração e processos transfronteiriços	231
5. Considerações finais	243
6. Referências	244

CAPÍTULO 7

A utilização da inteligência artificial como um instrumento de proteção climática	251
INGO WOLFGANG SARLET, PEDRO AGÃO SEABRA FILTER	

1. Introdução.....	252
--------------------	-----

2.	Algumas notas acerca da IA e sua utilização na seara ambiental e climática.....	256
3.	Limites da utilização da ia em matéria ambiental e possibilidades de superação.....	267
4.	Conclusão	273
5.	Bibliografia	274

SECCIÓN III

IA Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

CAPÍTULO 8

Personalización publicitaria basada en inteligencia artificial y categorías especiales de datos personales de los consumidores.....	283
---	-----

ROSA M.ª GARCÍA PÉREZ

1.	Introducción.....	284
2.	Publicidad comportamental y perfilado desde la perspectiva de la protección de datos personales.....	288
3.	La licitud del tratamiento de datos para la publicidad personalizada: a propósito de la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	296
3.1.	Tratamiento de datos de categorías especiales....	301
3.2.	La ejecución contractual y el interés legítimo como bases jurídicas para la personalización de la publicidad	304
3.3.	En particular, el consentimiento del interesado..	307

4.	Nuevas exigencias legales de los sistemas predictivos de inteligencia artificial basados en datos personales con fines publicitarios	312
4.1.	Prohibición de perfilados con datos de categoría especial y de menores en el Reglamento de Servicios Digitales.....	312
4.2.	El consentimiento como base legal para el tratamiento de datos procedentes de diferentes servicios en el Reglamento de Mercados Digitales	319
4.3.	Propuesta <i>Artificial Intelligence Act</i>	321
5.	Consideración final	325
6.	Bibliografía	326

CAPÍTULO 9

Vieses sobre vieses: elementos de fatores de impacto no viés da automação	331
---	-----

RENATO CÉSAR CARDOSO, RÔMULO SOARES VALENTINI

1.	Introdução.....	331
2.	O viés de automação	335
3.	Fatores de impacto	336
4.	Complexidade das tarefas	338
5.	Estabelecimento de confiança	339
6.	Percepção de desempenho do sistema	340
7.	Relevância da experiência profissional	341
8.	Risco de complacência.....	342
9.	Envolvimento humano no processo decisório.....	343
10.	Considerações finais	344
11.	Bibliografia	345

CAPÍTULO 10

La detección de sesgos algorítmicos como base para tratar datos personales de categoría especial en el reglamento europeo de inteligencia artificial..... 349

ADRIÁN PALMA ORTIGOSA

1. Introducción..... 350
2. El tratamiento de datos de categoría especial en el reglamento general de protección de datos personales... 352
3. La detección de sesgos como interés público esencial que habilita el tratamiento de datos de categoría especial 361
4. La detección de sesgos como medida de garantía de la normativa de protección de datos personales..... 374
5. Conclusiones..... 376
6. Bibliografía 377

CAPÍTULO 11

Manipulação de *Kidinfluencers* por Plataformas de Mídia Social – uma Análise de Causas e Efeitos Baseada no Conceito de Captura de Atenção 379

GEORGE VALENÇA

1. Introdução..... 379
2. *KidInfluencers* e Plataformas 382
 - 2.1. Contexto e Impactos..... 382
 - 2.2. *Design* Manipulativo 389
 - 2.3. Soluções Legais e de Design..... 394
3. Considerações finais 396
4. Referências 397

CAPÍTULO 12

Solucionismo Tecnológico na segurança pública brasileira: o caso do reconhecimento facial na Bahia ANA GABRIELA FERREIRA, AUGUSTO JOBIM DO AMARAL	399
1. Racismo e Vigilância pelas TRF's	400
2. «A ti tocou-te a máquina mercante»: cidades sem esgoto, investimentos em câmeras	403
3. «Tanto negócio e tanto negociante»: Onde está o lucro com as TRF's na Bahia	409
4. Considerações finais	415
5. Referências	415

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet
Valentina Faggiani

Prólogo

El término inteligencia, que en el pasado era considerado un atributo exclusivo, esencial e incuestionable del ser humano, fue recogido a mediados del siglo pasado por matemáticos y otros estudiosos de las ciencias estadísticas para designar un conjunto creciente de algoritmos, a veces autónomos y autodidactas, capaces de realizar las tareas que normalmente realizaba el cerebro humano. En definitiva, aunque no hay consenso sobre el concepto, la inteligencia artificial puede desarrollar un potente razonamiento predictivo e inductivo, al tiempo que minimiza el ruido del impredecible y complejo comportamiento humano.

La IA, esta tecnología potentísima y disruptiva, afecta a todos los aspectos de nuestras vidas y con ello las principales categorías del Derecho, transformándolas, lo cual hace necesario su replanteamiento y reformulación. Los modelos de IA pretenden resolver problemas emergentes o crónicos, como la distribución equitativa de los alimentos y la erradicación del hambre, la precariedad de los sistemas sanitarios, las debilidades y los costes del envejecimiento de la población mundial y de los profesionales de la salud, los daños causados por el cambio climático, las crisis energética y migratoria y el colapso medioambiental y climático. Teóricamente, la IA tiene el potencial, por ejemplo, de invertir las perspectivas negativas rela-

tivas a la asignación y precariedad de recursos en los ámbitos de la salud, la educación y la seguridad, entre otros.

Su uso se desarrolló con fuerza en la primera década del siglo XXI, aunque despegó tras la adopción de módulos de aprendizaje automático, gracias a los avances significativos en la computación y el aumento del flujo de datos, especialmente después de la pandemia, conformando la tormenta perfecta para el escenario actual. De hecho, el tratamiento masivo de datos a través de la IA hace más vulnerables a individuos y colectivos, especialmente a aquellos históricamente estigmatizados, protagonizando uno de los virajes más relevantes de la historia de la humanidad a través de un giro tecnológico digital, que interesa a todos, indiscriminadamente. Todo ello acaba teniendo un impacto, directo o indirecto, en todos los estratos de la población mundial, así como en todas las instituciones.

No se trata de una ola pasajera, sino de un proceso continuo de estructuración de un nuevo marco civilizatorio y de nuevos parámetros para estar en un mundo en continuo movimiento en el que los juicios de las máquinas ocupan cada vez más el centro de los diferentes procesos decisorios. Este nuevo contexto produce inseguridades, quejas, solicitudes de una mayor protección de los derechos, así como la necesidad de una relectura y replanteamiento de los institutos jurídicos vigentes.

Un ejemplo de todo esto es la urgencia de proteger la dignidad humana, como vector máximo del constitucionalismo, en la era digital, frente a los posibles perjuicios de la tecnología en la integridad, seguridad, igualdad, salud y libertad de las personas. De hecho, la relaciones de las actividades de las Big Tech con los Estados, y en concreto entre el sector público y privado, han dado lugar a la aparición de nuevas y sutiles formas de exclusión y discriminación de las personas y, en consecuencia, de ejercicio del poder, como el llamado tecno-autoritarismo, que se alinea con la actuación monopolística de las grandes empresas avanzadas de las tecnologías de la información

y la comunicación. Su capilaridad, sutileza y omnipresencia son cada vez más expresivas en un escenario en el que se erosionan los derechos e incluso la idea de soberanía estatal y democracia.

En este panorama, la IA actúa como un agente algorítmico para alcanzar objetivos específicos al tiempo que emite juicios. No tiene una autonomía completa, sino que está diseñada para alcanzar objetivos específicos, esbozados a partir de los datos que recibe. Estos datos se proporcionan, con el fin de producir resultados basados en cálculos probabilísticos.

En este nuevo contexto es necesario que los países, las organizaciones internacionales, las empresas tecnológicas y la propia sociedad respeten, protejan y defiendan los derechos humanos, y emprendan así cambios radicales hacia una configuración global con ecosistemas más justos, seguros, resilientes, sostenibles e inclusivos.

Por todo ello, la publicación *Retos del Derecho ante la IA. Apuntes desde una perspectiva interdisciplinar*, nace de un proyecto de colaboración entre la Dra. Valentina Faggiani, Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada (España) y la Dra. Gabrielle Bezerra Sales Sarlet, Profesora do curso de Direito (graduação e PPGD) en la Universidad Católica Rio Grande do Sul (PUCRS, Porto Alegre, Brasil).

El libro se estructura en tres secciones: la sección I se ocupa de IA, derechos fundamentales y democracia; la sección II analiza la IA ante los desafíos de la globalización, como las migraciones y el cambio climático, y la sección III estudia el impacto de la IA en la protección de datos personales.

En concreto, la primera sección abre con la aportación de Valentina Faggiani, titulada “La tutela judicial efectiva como centro de la Justicia en el Estado de Derecho ante el impacto de la IA”. Este trabajo analiza cómo la tutela judicial efectiva, que constituye el centro del sistema de justicia en el Estado de Derecho, se está adaptando

a la irrupción de las tecnologías de inteligencia artificial también en este ámbito. A tal fin, tras analizar los roles y las funciones que los algoritmos pueden asumir en las distintas fases de la justicia penal, en virtud de su carácter poliédrico y polifacético, reflexiona sobre la necesidad de regular el “*due process of law* algorítmico”, a través del establecimiento de un conjunto de garantías, lo cual exige repensar las categorías básicas del Derecho. A continuación, Gabrielle Bezerra Sales Sarlet y Lucas Reckziegel Weschenfelder, Doctorando en Derecho de la PUCRS, analizan las “Bases para o enfrentamento e a superação das dificuldades dogmáticoepistêmicas de uma abordagem antidiscriminatória em processos algoritmizados”.

Por su parte, Palmina Tanzarella, Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Milán Bicocca, se ocupa de “La transformación de la libertad de expresión del mundo liberal al mundo digital”, preguntándose por el “futuro de los principios clásicos del constitucionalismo”. La contribución, tras un recorrido en las principales etapas constitucionales, que han caracterizado el desarrollo de la libertad de expresión, profundiza en los aspectos más críticos de este momento. La rapidez y proliferación de los mensajes en red, el rol de los *providers* y la elaboración de los algoritmos son factores que amenazan el mantenimiento del sistema democrático. En particular, la autora, habida cuenta de la necesidad de asegurar un ejercicio responsable del derecho de manifestar el propio pensamiento, se pregunta si las regulaciones ofrecidas por los Estados y por el ordenamiento de la UE van en la dirección correcta o si en cambio desnaturalizan su esencia.

Y por último, finaliza esta sección el capítulo IV de Jorge Castellanos Claramunt, Profesor titular (Acreditado) de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia, sobre “Inteligencia artificial y democracia: una aproximación jurídica desde el derecho constitucional”. El autor se centra en la capacidad transformadora de la IA y sus aspectos positivos en la democracia, poniendo de relieve la necesidad de transparencia en el uso de estos sistemas y de un enfo-

que equilibrado que aproveche sus beneficios, sin soslayar, por otra parte, sus desafíos, promoviendo un desarrollo tecnológico que sea ético, inclusivo y orientado hacia el bienestar social.

A continuación, abre la segunda sección sobre la IA ante los desafíos de la globalización, como las migraciones y el cambio climático, la contribución de Francisco Javier Garrido Carrillo, Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Granada, titulada “Artificial intelligence in the control of migratory flows in the European Union. The need for a regulatory framework that guarantees fundamental rights”. El autor analiza el impacto del uso de las nuevas tecnologías, especialmente de la IA, en el control de los flujos migratorios. Estas herramientas si, por un lado, pueden hacer más eficaces y rápidos los procedimientos en este ámbito, por otro han introducido graves riesgos de discriminación, devaluación y violación de los derechos fundamentales. De ahí, la necesidad de adoptar un enfoque basado en los derechos fundamentales, que ponga al particular en el centro. Desde esta perspectiva, en este capítulo, se ha analizado el uso y el desarrollo de la inteligencia artificial en la evaluación y selección de los solicitantes de protección internacional, así como en las políticas migratorias.

En esta línea, la aportación de Gabrielle Bezerra Sales Sarlet, Profesora de la PUCRS y Caroline Dimuro Bender D’Avila, Doctoranda de la PUCRS, titulada “Inteligência Artificial no controle migratório internacional” analiza el impacto del Reglamento de la UE sobre la IA en las personas migradas y los solicitantes de asilo. Y, por último, esta sección termina con la aportación de Ingo Wolfgang Sarlet, Catedrático de Derecho constitucional de la PUCRS, y de Pedro Agão Seabra Filter, Doctorando en Derecho de la PUCRS, titulada “A utilização da inteligência artificial como um instrumento de proteção climática”.

La tercera sección que se ocupa de “IA y protección de datos personales” empieza con la interesante aportación de Rosa María

García Pérez, Profesora Titular de Derecho Civil, especialista en esta materia, sobre la “Personalización publicitaria basada en inteligencia artificial y categorías especiales de datos personales de consumidores”. La autora analiza el modelo de negocio digital basado en la prestación de servicios o el acceso a contenidos digitales, que prevé como contrapartida la exposición del consumidor a publicidad personalizada y comportamental en línea (*online behavioural advertising*). De forma más específica, el trabajo se centra en la más reciente jurisprudencia y los últimos instrumentos e iniciativas normativas europeas en materia de datos personales en relación con la problemática del perfilado mediante el uso de algoritmos de los consumidores con fines de mercadotecnia directa, especialmente cuando la opacidad y mayor sensibilidad de los datos tratados puede ser fuente de manipulación y de discriminación. A continuación, contamos con la aportación de Renato César Cardoso, Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG (Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte) y Professor dos programas de pós-graduação em Neurociências e em Direito da UFMG, y de Rômulo Soares Valentini, Doutor em Direito pela UFMG, que se titula: “Vieses sobre vieses: elementos de fatores de impacto no viés da automação”.

El tercer capítulo, de Adrián Palma Ortigosa, Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo de la Universidad de Valencia, tiene por objeto “La detección de sesgos algorítmicos como base para tratar datos personales de categoría especial en el Reglamento europeo de Inteligencia Artificial tanto por parte de entidades públicas como privadas”. En concreto, analiza el tratamiento y uso de este tipo de datos personales por parte de los desarrolladores de sistemas de inteligencia artificial con el fin de detectar y corregir potenciales sesgos que están presentes en dichos sistemas.

Por su parte, George Valença, del Departamento de Computação, Universidade Federal Rural de Pernambuco, aborda el tema de la Manipulação de *Kidinfluencers* por Plataformas de Mídia So-

cial – uma Análise de Causas e Efeitos Baseada no Conceito de Captura de Atenção. El autor se centra en el uso del concepto de diseño manipulador o engañoso para analizar los riesgos asociados a las plataformas de medios sociales en relación con los creadores de contenidos infantiles. Al final, se proponen reflexiones sobre la garantía de los derechos de los *kidinfluencers* teniendo en cuenta el Age-Appropriate Design Code, un código de prácticas del Reino Unido que orienta sobre cómo hacer que los servicios en línea sean más apropiados para la edad de niños y adolescentes. También se analiza el proyecto de ley brasileño 2630, que promoverá la protección de los niños productores de contenidos en línea por parte de las plataformas.

Y finalmente, la aportación de Ana Gabriela Ferreira, Doctoranda de Filosofía, y de Augusto Jobim do Amaral, Professor dos Programas de Pós-Graduação em Filosofia e em Ciências Criminais, ambos da PUCRS, aborda el tema del: “Solucionismo Tecnológico na segurança pública brasileira: o caso do reconhecimento facial na Bahia”. Los autores observan que el uso de dispositivos tecnológicos de reconocimiento facial y biométricos en Brasil ha ido creciendo. No obstante, la vigilancia no ha reducido la violencia, ni ha aumentado la resolución de casos. Al contrario, ha supuesto un gasto significativo de fondos públicos en tecnologías que sólo profundizan la actual dinámica violenta de la seguridad pública, especialmente el sesgo racial del castigo, como demuestran estudios y análisis de casos en Brasil y en el extranjero. Como resultado, además del peligroso mercado de datos gestionado por entidades privadas sin el debido control, hay un evidente refuerzo de la selectividad racial de la policía.

El enfoque del libro es internacional e interdisciplinar, de ahí el interés que puede despertar. El grupo de trabajo está integrado por profesores españoles, brasileños y una profesora italiana, que trabajan en distintas Universidades y son expertos en la materia. El libro se encuentra en cuatro idiomas: español, portugués, italiano e inglés,

lo cual es un índice de internacionalización. La obra ha sido financiada en el marco del Módulo Jean Monnet, «Challenges to justice in the EU: perspectives for reform», 2022-2025, ERASMUS-JMO-2022-MODULE, 101085462.