



Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Jorge Villalobos Portalés (Universidad de Málaga, España)

La propuesta comunitaria de ley de inteligencia artificial y el «invierno legislativo». pp.44-57. Fecha de publicación en línea: 31 de julio de 2023.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafios.juridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos Vol. 3 Núm. 5, Julio-Diciembre 2023, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina,

Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

94

ejan la postura del editor de la revista *Desafíos Jurídicos*. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCÍA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: DR. MARIO ALBERTO GARZA CASTILLO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

ASISTENTE EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Paola Stephania Muñiz Lupian

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vázquez Azamar “**Burning Metaverse**” © 2023

La propuesta comunitaria de ley de inteligencia artificial y el «invierno legislativo»

The community proposal of law of artificial intelligence and the «legislative winter»

Fecha de publicación en línea: 31 de julio de 2023

Por: Jorge Villalobos Portalés*

* <https://orcid.org/0000-0002-9148-9678>

Universidad de Málaga, España

Resumen. En estas últimas décadas, la evolución de la inteligencia artificial ha sido estratosférica, frenética. Sin embargo, la regulación y protección en cuanto a los riesgos que atañe no ha podido desarrollarse a un nivel parejo (por prácticas obviadas). Por tanto, una Propuesta de Ley de Inteligencia Artificial como la llevada a cabo por la Unión Europea resulta de una relevancia sin paliativos. Es más, si bien el texto nace con el afán de prevenir y proteger los peligros en cuanto a los sistemas de inteligencia artificial de última generación, también contiene otros posibles usos muy útiles en campos como el de la Defensa de la Competencia. Con todo esto, análogamente existen desventajas en ella. Esta Propuesta de Ley de Inteligencia Artificial puede significar un desincentivo económico para los proveedores de tales programas o, aún peor, un freno en la inversión a niveles donde se encuentre en un invierno, es decir, que se produzca un «invierno legislativo».

Palabras clave: Regulación, Inteligencia Artificial y Comunidad.

Abstract. In recent decades, the evolution of artificial intelligence has been stratospheric, frenetic. However, regulation and protection in terms of the risks involved has not been able to develop at an even level (due to practical truisms). Therefore, an Artificial Intelligence Bill such as the one proposed by the European Union is of unmitigated relevance. What is more, although the text was created with the aim of preventing and protecting the dangers of the latest generation of artificial intelligence systems, it also contains other possible uses that are very useful in fields such as the Defence of Competition. However, there are also disadvantages to it. This Artificial Intelligence Bill may mean an economic disincentive for the providers of such

* Asociación de Críticos y Escritores de Andalucía ACE, Centro Cultural Generación del 27, Círculo Literario Napolitano, Diputación de Málaga, Editorial Hiperión, IES Pedro Jiménez Montoya de Baza, Sociedad Protectora de Animales y Plantas, Universidad Antonio de Nebrija, Universidad de Córdoba, Universidad de Málaga

programmes or, even worse, a brake on investment to levels where it is in a winter, i.e. a “legislative winter”.

Keywords: Regulation, Artificial Intelligence and Community.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. EXPLICACIÓN BREVE

La actualidad siempre acecha. Resulta inexorable para el Derecho conseguir estar al mismo nivel en su regulación que el de los avances en nuevas tecnologías. Sin embargo, no por ello deja de ser menos loable la intención de ofrecer marcos normativos para el seguro funcionamiento del mercado. Análogamente, en determinadas propuestas a veces se ofrecen más posibilidades de las que propiamente recoge el mismo texto. Es en este sentido lo que se plantea en este trabajo: las posibles implicaciones para la Defensa de la Competencia en el uso como instrumento normativo de la Propuesta de Ley de Inteligencia Artificial (en adelante, la PLIA), del 21 de abril de 2021 de la UE, discutida en los meses de octubre y noviembre y la cual se reformó en sus artículos 8 hasta el 15, en enero de 2022. Entre sus implicaciones y uso, por ejemplo, imposibilitaría la existencia de sistemas de IA que pudieran realizar conductas prohibidas¹.

¹ Sobre el uso de IA o algoritmos en prácticas prohibidas, véase Robles Martín-Laborda, A. (2018). “Cuando el cartelista es un robot: colusión en mercados digitales mediante algoritmos de precios”, *Actas de derecho industrial y derechos de autor*, Tomo 38, pp. 77-103. Olmedo Peralta, E. (2021), “El reto de adaptar el derecho de la competencia a la lógica

1.2. SÍNTESIS DE LA ESTRUCTURA DE LA PROPUESTA DE LEY DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL DE LA UE (PLIA), DEL 21 DE ABRIL DE 2021

La PLIA se divide, tras un preámbulo bastante pormenorizado, en 12 Títulos con un total de 85 artículos y las “Fichas” finales. Respectivamente, los distintos Títulos se separan en capítulos. Al final del documento, se aportan los distintos modelos de “Fichas”. Además de la Propuesta y de manera separada, se encuentra el documento de los respectivos Anexos a los cuales se va refiriendo a lo largo del cuerpo normativo. Estos son un total de 9. En cuanto al texto de la PLIA, un análisis sintetizado sobre las

de la economía de los datos”, en *La aplicación del derecho de la competencia en la economía de los datos*, dir. Olmedo Peralta, Editorial Aranzadi, Cizur Menor; Pastrana Espárraga, M. (2021), “Los precios personalizados como práctica anti-competitiva de discriminación mediante el uso de algoritmos”, en *El sistema jurídico ante la digitalización: estudios de derecho privado*, dir. Paniagua Zurera, Tirant lo Blanch, Valencia; Pastrana Espárraga, M. (2021), “Algoritmos, big data e inteligencia artificial: nuevos desafíos en el derecho de la competencia”, en *La aplicación del derecho de la competencia en la economía de los datos*, dir. Olmedo Peralta, Editorial Aranzadi, Cizur Menor.

diversas partes en las cuales se divide sería el siguiente:

Ámbito de aplicación y definiciones (Título I): en el Título I se encuentran tanto el objeto (art. 1), el ámbito (art. 2), donde sí afecta en materia de comercio electrónico y excluye, aunque no figure como tal en el artículo 2, toda la materia referida a vehículos autónomos y responsabilidad civil. El motivo reside en la coherencia de la PLIA con el resto de normativas en cuanto a los sistemas de IA de alto riesgo relacionados con productos cubiertos por legislación de antiguo enfoque (aviones, automóviles...), sin embargo, sí afecta a lo referido en comercio electrónico (como podría ser en el caso de publicidad) y a la IA en el servicio público, donde busca la coherencia en materia de servicios, en especial los de intermediación (art. 2) por parte de la Directiva de comercio electrónico 2000/31/CE y, de mayor actualidad, la DSA. Otro aspecto interesante reside en las definiciones del artículo 3 de los sistemas de IA, donde alude al Anexo I, el cual encierra un *numerus clausus* de los sistemas de IA que entiende (y entenderá) la PLIA como tal. El motivo se entrelaza con el hecho del artículo 4, relacionado con la reforma de este Anexo I en concreto, pues así se facilita la posibilidad de reformar, ampliar, reducir o reescribir ese Anexo I sin necesidad de tocar el texto de la PLIA. El hecho de tal necesidad se debe por la naturaleza tan cambiante como es la de los sistemas de IA, pues el desarrollo es tan vertiginoso que, en caso contrario, el presente documento se vería expuesto a continuas reformas que esta vía del artículo 4 agiliza y descarga de la PLIA.

Prácticas de Inteligencia Artificial prohibidas (Título II): el enfoque de la PLIA se divide según los riesgos que distingue por los usos de la IA, siendo estos tres: inaceptable; alto; bajo o mínimo. Las prácticas que se prohíben parten tanto por la consideración de ser contrarias a los propios valores de la UE en materia de Derechos fundamentales, por ejemplo, como así las prácticas que en concreto son susceptibles de manipular a las personas con técnicas subliminales que o bien trascienden su consciencia o bien puedan tanto aprovecharse de grupos vulnerables (por ejemplo, discapacitados o menores) como producirles daños de índole físico o psicológico (tanto a ellos mismos como a terceros). A esto se le debe sumar lo ya comprendido por la legislación referida en protección de datos, consumidores y servicios digitales. También queda prohibida la calificación social con fines generales por las autoridades públicas a través de sistemas de IA. Como última prohibición se encuentra los sistemas de identificación biométrica remota en tiempo real (salvo algunas limitadas excepciones) en el espacio público o de acceso al mismo con el fin de aplicar la ley.

Sistemas de alto riesgo (Título III): se ocupa de aquellos sistemas de IA que suponen un alto riesgo tanto para la salud, la seguridad como los derechos fundamentales. Su autorización queda sujeta dentro del mercado europeo al cumplimiento de los requisitos legales recogidos en el capítulo 2 y a una evaluación *ex ante* de conformidad. En cuanto al capítulo 1, se recogen las normas de clasificación que se enlazan con el Anexo III. Ese anexo recoge un *numerus clausus* de sistemas de IA que se consideran probados sus riesgos de antemano o que cuya probabilidad es indiciariamente

asumible que lo sea. Al igual que en el ejemplo anterior, el uso de este anexo cumple la finalidad de permitir su modificación o ampliación de manera ágil y pragmática. En el capítulo 3 se recogen las obligaciones en cuanto a los proveedores de este tipo de sistemas de IA. El capítulo 4 atañe al marco de los organismos en cuanto a su evaluación y el capítulo 5 recoge los procedimientos de tales evaluaciones. El fin de estos capítulos en cuanto a la evaluación de conformidad consiste en minimizar la carga a la que puedan verse sometidos los distintos organismos como operadores económicos. Es interesante este interés en la reducción de tal carga, pues esta aumentará con el tiempo y, sobre todo, *ex post* de aplicarse y cumplirse tales mecanismos. Serán los propios productos los que demanden nuevos criterios hoy imperceptibles.

Obligaciones de transparencia para determinados sistemas de IA (Título IV): se centra en los sistemas más limitados en los riesgos que pueden producir y los cuales resultan sobre todo en determinadas técnicas de manipulación. Por ejemplo, en materia de manipulación de imágenes, vídeos o análogos (interesante en materia de *Fake news* o el caso del vídeo manipulado de la última campaña de Obama). Se deberá informar a quien interactúe con el sistema de IA que lo está haciendo. Se pretende prevenir cualquier técnica de manipulación de la conciencia o emociones del usuario.

Medidas en favor de la innovación (Título V): este título resulta tan escueto de explicar como de cristalino resulta su propio título: consiste en medidas a favor de la innovación en materia de sistemas de IA. El motivo de este título nace de la fundamentada preocupación

y temor en el sector privado de que la PLIA acabe por desincentivar más que por promover el desarrollo. Es más, una de las intenciones es precisamente la reducción de la carga normativa a la que se ven sometidas, en especial, tanto las empresas emergentes (como pueden ser startups) y las pymes.

Gobernanza y aplicación (Título VI, VII y VIII): dividido en estos tres títulos, el VI se ocupa de los sistemas de gobernanza de ámbito nacional y a escala de la Unión Europea. En este sentido, se establece “el Comité” que consiste en un Comité Europeo de Inteligencia Artificial compuesto tanto por la Comisión como por representantes de los Estados miembros. En el ámbito nacional, corresponde a los Estados la asignación de las autoridades competentes y la selección de una autoridad encargada de supervisar el cumplimiento del Reglamento de la Propuesta. Dicha supervisión en la esfera comunitaria corre a cargo del Supervisor Europeo de Protección de Datos. El Título VII se centra en el seguimiento y en establecer una base de datos gestionada por la Comisión y que recoja aquellos sistemas de IA que vulneren derechos fundamentales. Es más, para que tales sistemas puedan entrar en el mercado, los proveedores de los mismos están obligados a registrarlos. Por último y en relación a este aspecto, es justo el Título VIII el que recoge las obligaciones pertinentes de los proveedores de aportar la información necesaria y del seguimiento. Tanto la investigación y el control dentro del mercado de tales obligaciones y del cumplimiento de los requisitos se llevarán a cabo por las autoridades de vigilancia del mercado conforme al Reglamento (UE) 2019/1020 sobre vigilancia del mercado.

Códigos de conducta (Título IX): este título se ocupa de crear un marco que estimule a los proveedores de sistemas que no resulten de alto riesgo a la inclusión de los mismos criterios obligatorios recogidos en el Título III sobre los sistemas de alto riesgo de manera voluntaria en sus sistemas, ofreciendo así una mayor seguridad y compromiso.

Disposiciones finales (Títulos X, XI y XII): el Título X se ocupa en apuntalar la importancia de las obligaciones de las partes en lo que atañe a la confidencialidad de la información y de los datos, exhortando a su respeto y a normas en relación al intercambio de información que se deba al Reglamento propuesto. Esto va parejo a la relación de sanciones con la finalidad de garantizar la efectividad de la Propuesta. El Título XI trata sobre el ejercicio de competencias en delegación y ejecución para la aplicación uniforme de la Propuesta a través de los poderes que se les reconoce a la Comisión para ello (ejemplo es en materia de modificación de los Anexos I al VIII). Por último, el Título XII hace hincapié sobre el Anexo III y el imperativo de la evaluación regular y actualización del mismo a través tanto de informes como de exámenes. Cabe destacar que se dedica un periodo transitorio que permita cierto margen a las partes afectadas a partir de la fecha inicial de la aplicación del Reglamento que se recoge en la Propuesta.

2. POSIBLE USO DE LA PLIA PARA LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y SUS IMPLICACIONES

2.1 USO DE LA PLIA PARA LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Desde las no poco polémicas *Data Service Act* (DSA, en adelante) y *Data Market Act* (DMA, en adelante), dentro del avance legislativo que lleva a cabo la UE se encuentra la PLIA, gran avance dentro de la UE que la posiciona como pionera en la regulación de la Inteligencia Artificial (IA, en adelante). A colación de dicha Propuesta, también se encuentran todavía más avances como son la Normativa de algoritmos de China de agosto de 2021 y la de septiembre de 2021. Estados Unidos tampoco se ha quedado atrás en estos dos últimos años. ¿Está siendo, entonces, una tendencia legislativa? ¿Qué efectos puede tener sobre el mercado? ¿Puede generar un desincentivo o hasta una parálisis en su inversión? ¿Se podría estar ante un «invierno legislativo»? Con esto, la PLIA destaca, entre otros motivos, por un elemento que ofrece su exhaustiva lectura: contiene elementos que pueden ser utilizados para la Defensa de la Competencia o que pueden influir en él.

Desde la CNMC y su reciente acuerdo con la análoga italiana el 27 de octubre de 2021, se acuerda en su artículo II la coordinación en materia comunitaria. Por tanto, en aras de dicha aplicación dentro de España, ya pionera al propiciar la creación de la Agencia Estatal Española conforme a la PLIA en lo referido a la Gobernanza, siendo la primera en realizarlo, puede que se ofrezca la posibilidad de transmitir dichas implicaciones y usos a otros Estados miembros. Entonces, ¿cuál sería dicha aplicación tan reiterada? ¿Y sus implicaciones? Ya desde la CNMC, ya desde las Autoridades (por ejemplo, la *Autoritat Catalana* está usando programas de *Machine Learning*), ya desde la Agencia Estatal Española que se cree (la cual va a constar de un presu-

puesto de 5 millones de euros) o cualesquiera que colaboren entre ellas (u otros Estados miembros): consiste en utilizar los principios que exige la PLIA como filtros de control sobre los sistemas de IA en aras de la Defensa de la Competencia. Esto se debería hacer sobre 3 pilares.

Primer pilar, sobre la **auditoría** de los sistemas de IA para crear filtros. Que estos puedan detectar cuáles sistemas de IA pueden producir conductas prohibidas, cuáles no, cuáles podrían ser potenciales y, en caso de que un sistema auditado cambie hacia conductas prohibidas, prevenirlo. En caso de detectarse, tener como evidencia las auditorías de que el sistema de IA permitido se ha desvirtuado. Desde la PLIA se exige una doble auditoría: en primer lugar, desde el propio proveedor de dicho sistema; en segundo lugar, permite que las autoridades públicas y las Agencias Estatales (u órganos responsables del cumplimiento de la PLIA) auditen dichos sistemas y el registro desde la más absoluta confidencialidad. Sin embargo, ¿no puede esto afectar a los secretos empresariales? ¿Qué sucede a nivel de sanciones entre el revelamiento de dichos secretos, por ejemplo, y ser proveedor de un sistema de IA que no cumpla? ¿Puede resultar más barato «irse de la lengua» que ser diligente en este nuevo *compliance* de IA? Como afirma Susana Campuzano, directora de la Unidad de Inteligencia Económica (UIE, en adelante) sobre la controversia en materia de algoritmos e IA, resulta necesaria la posibilidad de auditar dichos programas de IA (Campuzano Fernández & Vega Vicente, 202). Se podría decir que se vuelve casi imperioso, ¿por qué? Por los grandes dilemas que producen los sistemas de IA de última generación, ejemplos de ello son la «caja ne-

gra» y los «sesgos algorítmicos». Desde los ya bien conocidos sistemas de *Machine Learning* o aprendizaje automático, más transparentes, se ha evolucionado a sistemas totalmente opacos y prácticamente incognoscibles hasta para el propio programador. Se trata de sistemas de *Deep Learning* o aprendizaje profundo con redes neuronales, redes convolucionales y hasta de nombres tan pintorescos como las «Transformers». Por tanto, nos encontramos con un primer principio necesario de los sistemas de IA: que puedan ser auditables, esto es, un *principio de trazabilidad o auditoría*.

Segundo pilar, la exigencia del **principio de transparencia algorítmica**. Sobre los sistemas de IA que repercuten en conductas prohibidas, resalta la problemática de la imposibilidad del «ojo humano» para detectar las intenciones de un algoritmo en sí y, más si cabe, cuando resulta ser un sistema de IA opaco. La solución que se ofrece en la PLIA se recoge en la exigencia del *principio de transparencia algorítmica*, esto es, que todo sistema de IA deber ser totalmente transparente, trazable y auditable, de manera que no exista margen de opacidad en el sistema de IA. Entonces, ¿qué sucede con aquellas IAs (es IA) que, por naturaleza computacional, son actualmente opacas? Si bien de manera explícita la PLIA prohíbe aquellos sistemas de IA que realicen determinadas conductas conforme al artículo 5, es en la lectura del texto normativo donde se recoge una prohibición a las IAs que no cumplan con dicho principio. En otras palabras, la PLIA es muy excluyente.

Tercer pilar, la **Gobernanza** por parte de las autoridades públicas y las Agencias Estatales. Este pilar es el que sirve de mayor nexo para

la Defensa de la Competencia. En concreto, consiste en la dotación de los medios e instrumentos necesarios para que desde las instituciones se haga cumplir con la PLIA. Entonces, si se hace una lectura de la PLIA desde la Defensa de la Competencia, es factible aplicar los principios anteriores para que no haya IAs que puedan realizar conductas prohibidas. Primero, porque los principios anteriores excluyen sistemas de IA opacos. Obliga a la doble auditoría de la IA. Además, la exigencia de una transparencia continua por si fuera necesario auditar de nuevo en caso de detectar que un proveedor de sistemas de IA autorizado estuviera ofreciendo después un sistema de IA sospechoso (García García, 2022).

2.2. MÉTODO, BENEFICIOS Y DESVENTAJAS DE SU APLICACIÓN

Su *aplicación* consistiría en que ante la imposibilidad de las autoridades públicas para conocer sobre qué sistemas de IA cumplen en cuanto a las normativas de Defensa de la Competencia, cuáles no están ejecutando conductas prohibidas o, en caso de hacerlo, cómo dilucidar cuándo el proveedor o los usuarios eran conscientes de tal conducta o no, se tendría esta herramienta. Primero, filtra a modo de *compliance* los sistemas de IA que pudieran ser potencialmente problemáticos, quedando excluidos aquellos que fuesen precisos. Segundo, ofrece aquellas herramientas de auditoría que tanto precisan las autoridades para una mayor prevención sobre proveedores de sistemas de IA que concurren en conductas prohibidas. Tercero, al abarcar el marco europeo, dificulta todavía más que se pueda trasladar a otro Estado miembro aquel proveedor de un sistema de IA inadecuado.

Los principales *beneficios* serían los siguientes. Serviría para exhortar con la doble auditoría el máximo cumplimiento normativo de la PLIA y, así, de la transparencia algorítmica y de no incurrir en conductas prohibidas. Segundo, al quedar prohibidos determinados tipos de IA, así como su registro, se cerca el mercado (y el ámbito de detección) a unos tipos específicos de IA y, con ello, toda IA que pudiera infringir en un futuro próximo se encuentra previamente descartada, imposibilitándose su uso.

Las principales *desventajas* serían las siguientes. Entronca la cuestión de si resulta un exceso de regulación y control en el mercado y los agentes que intervienen. Supone una implícita invitación a trasladarse fuera de la UE e intentar proveer desde el extranjero con el mismo sistema de IA, aunque cierto es que la PLIA impide tal cuestión, sin embargo, no prevé si se ofrece dicho servicio a una empresa intermedia y, desde ella, se ejecuta un papel interlocutor. En otras palabras, si el problema supone que un proveedor en la UE ofrezca tal sistema de IA, llamemos a este proveedor A, basta con crear otra empresa con otro sistema de IA que sí cumpla la normativa, siendo proveedor B (aunque sea en la práctica de tapadera), y que sea a esta a la cual se asigne el servicio concreto, aunque lo realice después con la empresa originaria. Entonces, usuario dentro de la UE contrata al proveedor B que está fuera de la UE, pero sí cumple con la PLIA. Luego, el proveedor B contrata al proveedor A para que realice dicho servicio con su sistema de IA. Como la PLIA no exige (ni puede exigir) que, en caso de contratarse a un proveedor extranjero, este deba además de cumplir con la PLIA, exigir a otra empresa

extranjera que no interactúa en el mercado comunitario ni ofrece servicio allí, a que cumpla con la PLIA. En pocas palabras, existen vías para que se puedan en determinados casos esquivar los cumplimientos de la PLIA (Ebers, Hoch, Rosenkranz, Ruschemeier, & Streinröter, 2021).

3. IMPLICACIONES PARA EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DE LA PLIA: DESINCENTIVO Y UN POSIBLE «INVIERNO LEGISLATIVO»

3.1. EL DESINCENTIVO

Una de las principales implicaciones que supone la PLIA consiste en el plausible desincentivo, sobre todo, para las pequeñas y medianas empresas que quieran participar en dicho sector. Se ha explicado con anterioridad cómo un proveedor de sistemas de IA podría sortear la aplicación de la PLIA. En primer lugar, porque el exhaustivo control supone un exhaustivo coste de recursos en el cumplimiento normativo pertinente respecto de la PLIA. Luego, por el hecho de que dicha normativa en materia de sanciones parece haberse proyectado más sobre las grandes empresas en vez del conjunto de agentes en el mercado. ¿Qué startup mediana puede asumir una sanción millonaria si su sistema de IA resulta ser no del todo transparente conforme la PLIA? ¿Y a qué precio, entonces, si no el de los secretos empresariales?

Sobre los secretos empresariales podemos encontrar su protección en la PLIA en el artículo 70, referido a la confidencialidad. En este artículo se exhorta al respeto de los secretos empresariales. Además, el artículo 72,

que trata lo referido a las sanciones y multas, se reflejan con valores entre un máximo de 500.000 euros en caso de incumplir las prácticas prohibidas de los artículos 5 o 10 y un máximo de 250.000 euros para los demás casos. La revelación instada a su protección se encuentra en el 72.5. Este apartado recapitula de nuevo la salvaguarda de los secretos empresariales (entraría en las de este segundo caso), por un valor de la sanción de 250.000 euros. ¿Se podría decir que estas sanciones, sus horquillas de máximos y mínimos, son suficientes o contundentes? Basta, en verdad, compararlos con el artículo 71. Este artículo agrupa las multas para aquellos sistemas de IA que incumplan con los requisitos y prácticas prohibidas del artículo 5, así como lo referido en el artículo 10. En tal escenario, las sanciones al proveedor de dicho sistema de IA llegan a oscilar valores de hasta 30.000.000 de euros (o el 6% del volumen de negocio total anual), así como la sanción administrativa, con un valor de hasta 20.000.000 de euros (o el 4%) o, en el mínimo y mejor de las situaciones, si fuese por información inexacta, engañosa o incompleta, los valores oscilan hasta un máximo de 10.000.000 de euros (o el 2%).

¿Qué conclusiones se pueden sacar (obtener o tomar en cuenta) viendo dicha valoración? Haciendo un pequeño cálculo, se puede apreciar que la diferencia entre la sanción por revelación de secretos empresariales (que sería de 250.000 euros) frente a la sanción mínima por la aportación de información engañosa, inexacta o incompleta (que sería de 10.000.000 euros, esto es, 10 millones) es del 2,5 %. Esto significa que la revelación del secreto empresarial equivale al 2,5% de la sanción por una aportación de información

engañososa, inexacta o incompleta. En otras palabras, resulta hasta cuarenta veces «más barato» revelar un secreto empresarial que aportar una información engañosa, inexacta o incompleta. Se necesitaría revelar cuarenta secretos empresariales sobre algoritmos e IA en un sector como el de proveedor de sistemas de IA para superar el valor de la sanción mínima que le podría imponer a uno de esos 40 proveedores por información incompleta, engañosa o inexacta. Y si fuéramos al valor máximo, sería de hasta 120 veces, esto es, 120 secretos empresariales (que, en la práctica, podría equivaler a todo el sector). Con esto, resulta cristalino que “somos proclives a una transparencia extendida que mantiene el interés general como principal foco de atención y que, en el marco de la ley, prevalece sobre cualquier otra lógica. En definitiva, se trata de dotar al sistema de transparencia algorítmica de una base inquebrantable que permita el control de un sistema que en ocasiones puede resultar demasiado manipulable” (Vestri, 2021). Este interés general o público se plasma desde el Título V, artículo 54, donde como “medida de apoyo a la innovación” se ofrecen “espacios de prueba”, pero siempre sometidos en aras del interés público.

Dicho desincentivo (que no es menor, si cabe) se ve potenciado cuando la PLIA propone la prohibición de determinados tipos de sistemas de IA, bien por las prohibiciones explícitas del artículo 5, bien por la prohibición implícita que suponen los principios de trazabilidad o auditoría y el de transparencia algorítmica. Esto refleja una tendencia que se plasma también en los tribunales. Buen ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal de la Haya de 1^a Instancia, el 5 de febrero de 2020 (Haya, 2022),

donde se prohibió el uso del programa de IA SyRI por la opacidad que se veía plasmado en el propio sistema de IA². Análogamente, en Estados Unidos ha habido varios casos, como el de *COMPAS* en 2018. Por tanto, se puede entrever que estamos ante una tendencia que, lejos de minorar, crece en el contexto internacional.

3.2. POSIBLE «INVIERNO LEGISLATIVO»

Enlazando con la pregunta del punto anterior: ahora, invierno legislativo. Esta es una de las cuestiones que se puede plantear en la actualidad. Con ello, cabe resaltar tanto la PLIA como otras normativas de igual importancia que se plantean en dicha línea y tendencia proteccionista (por no decir prohibicionista). En China, por ejemplo, sobre IA de última generación, se destacan dos normas. La prime-

2 Sobre esta cuestión, véase: Azuaje Pirela, M., & Finol González, D. (2020), “Transparencia algorítmica y la Propiedad Intelectual”, *op. cit.*, pp. 111-146; Cotino Hueso, L. (2020), “«SyRI, ¿a quién sanciono?» Garantías frente al uso de inteligencia artificial y decisiones automatizadas en el sector público y la sentencia holandesa de febrero de 2020”, *La Ley Privacidad*(4); Lazcoz Moratinos, G., & Castillo Parrilla, J. A. (2020), “Valoración algorítmica ante los derechos humanos y el Reglamento General de Protección de datos: el caso SyRI”, *Revista chilena de Derecho y Tecnología*, 9(1), pp. 207-225; Oubiña Barbolla, S. (2021), “Límites a la utilización de algoritmos en el sector público: reflexiones a propósito del caso SyRI”, en *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, dir. Barona Vilar, Tirant lo Blanch, Valencia; Vecinday, L. (2020), “Sistemas de información y prácticas de vigilancia en la protección social: controversias, tensiones y desafíos para el Trabajo Social”, *Revista Plaza Pública*(23), pp. 58-75.

ra de ellas, las “Normas éticas para una inteligencia artificial de nueva generación, 25 de septiembre de 2021” (China, 2021). Por otro lado, el “Reglamento sobre la recomendación y gestión de algoritmos de servicios de información de Internet del 27 de agosto de 2021 (China C. A., 2021)”. La relevancia de dicha tendencia se ha enfocado en el marco ético o axiológico de la norma. En tal sentido, la PLIA tampoco ha estado exenta de crítica (Asencio, 2021). Ejemplo de ello, la crítica de José Manuel Muñoz Vela, quien comenta que no se encuentran regulados en su integridad, siendo una carencia de las principales, pues “se limita a regular con detalle algunos de estos principios y normas, pero exclusivamente exigible a los sistemas considerados conforme al mismo de alto riesgo y no al resto” (Muñoz Vela, 2021). Sobre esto, comenta Muñoz Vela que no se escapa a algunos de los planteamientos a otros textos como es el de la Comunicación de la Comisión Europea bajo el título «Inteligencia Artificial para Europa» de 25 de abril de 2018, pero sí queda claro que el sistema de IA se asocia al concepto de autonomía (Muñoz Vela, 2021) (ahora bien, lo hace para lo bueno y lo malo). La UE se sitúa entre las primeras posiciones en regulación de IA (Torres Jarrin, 2021), sí, ¿a qué precio? ¿Cómo se aplica a proveedores de sistemas de IA anteriores a la PLIA y que, ahora, no cumplan con ella por, por ejemplo, la trazabilidad o la transparencia algorítmica porque sean del tipo *Deep Learning*? (Morte Ferrer, 2021)

En la evolución histórica del desarrollo de la IA, las etapas donde son nulas la inversión y el progreso en sistemas más avanzados, esto es, queda estancado el sector y hasta paralizado, se denominan *inviernos*. Normalmente,

dichos inviernos han acontecido por la falta de inversión o por un techo tecnológico, es decir, tecnológicamente no se puede avanzar más en dicho contexto (serán otros avances, como la invención, popularización y democratización del internet las que ofrezcan nuevas oportunidades). Sin embargo, puede que esta vez se produzca uno desde la propia legislación. ¿Necesario quizá?

Se puede definir **invierno legislativo** como el freno en inversión y desarrollo tecnológico de nuevos sistemas de IA debido a las exigencias, protecciones, restricciones y prohibiciones impuestas por una o más normativas. En este caso, se suma que las nuevas normas que se han ido aprobando (pocas aún, eso sí) se están haciendo con un afán de protección, prohibición y control que exhortan (u hostigan) a la generación de trabas y sanciones sobre aquellos sistemas no deseados. En otras palabras, se está forzando así a entrar en esta nueva década en un invierno legislativo. Si finalmente se afianzará dicha tendencia y, con ello, pasaremos de unas «primeras nevadas» de aviso a la estación total, queda todavía por ver. Sin embargo, pueden ya los proveedores de sistemas de IA con la PLIA «ir abrigándose».

4. CONCLUSIONES

Tal y como se ha expuesto a lo largo del trabajo, se ha transcurrido primero por cuál es la estructura en una síntesis esquematizada de su articulado, en especial, para así contextualizar al lector sobre la PLIA de cara una mejor comprensión de las reflexiones. Por otro lado, se hace hincapié en una novedad: puede ser un elemento normativo, una herramienta jurí-

dica para la Defensa de la Competencia que ya se ha puntualizado por algún cargo de relevancia como es el de la directora de la UIE. Con este, desde este trabajo se expresa la posibilidad de que una norma cuya naturaleza o el origen por el cual se redactó no era en sí orientado para la Defensa de la Competencia, cómo sí resulta de utilidad para ello. Desde ahí, se analiza diversas implicaciones que va a tener en la Defensa de la Competencia, destacando tanto sus ventajas como sus inconvenientes. Así, se destacan dos de las principales implicaciones que ofrece: los desincentivos cristalinos, nítidos, para los proveedores de sistemas de IA, donde las sanciones hablan por sí solas. Por otro lado, como dicho afán de protección (o prohibición) podrá cubrir a la UE y algún proveedor (le falta la s) extranjero actuando en la UE, pero no el resto del planeta. Con ello, es ahí donde entra otro gran ejemplo de regulación en una misma tónica: China. Si la mayoría de países regula en la misma intención, el desincentivo se va extendiendo o va cercando a aquellas empresas que quieren apostar y arriesgar en el desarrollo de nuevos programas de IA de última generación o, incluso, para corregir sus defectos graves como son la caja negra o los sesgos algorítmicos. En este sentido, también culmina en otra implicación bastante factible: que se abandone la inversión y el desarrollo, esto es, un nuevo invierno. Esta vez, eso sí, desde la legislación: un «invierno legislativo». Para ello, primero se ha contextualizado en los distintos tipos de IA y sus características para una mejor noción de cuáles sistemas son los que se ven en peligro de extinción. ¿Es esto positivo? Cabe destacar que los últimos avances en medicina han sido gracias y de manera exclusiva a dichos programas,

planteándose hasta si el próximo Nobel de medicina podría ganarlo una IA, le cambiaría a y si lo obtiene suprimiendo lo del parentesis (¿Y si una inteligencia artificial obtiene el Nobel de Medicina?, 2021). Entonces, queda abierto al debate hasta qué punto son mejores los beneficios que produce imponer un invierno legislativo por los riesgos asumibles en el caso contrario y, con ello, los beneficios que quizá se puedan perder o debemos renunciar con ello.

TRABAJOS CITADOS

- Azuaje Pirela, M., & Finol González, D. (2020), "Transparencia algorítmica y la Propiedad Intelectual y Industrial: tensiones y soluciones", *Revista Propiedad Inmaterial*(30), pp. 111-146.
- Campuzano Fernández, S., & Vega Vicente, P. (2021), "Riesgos y oportunidades de la inteligencia artificial desde la perspectiva de la competencia. Un análisis desde la CNMC", *Boletín Económico De ICE*, (3137). Disponible en: <https://doi.org/10.32796/bice.2021.3137.7259>
- Coeckelbergh, M. (2021), *Ética de la Inteligencia Artificial*, Cátedra, Madrid.
- Corvalán J. G. (2017), "La primera inteligencia artificial predictiva al servicio de la Justicia: Prometea", *LA LEY*, pp. 2-5.
- Cotino Hueso, L. (2020), "«SyRI, ¿a quién sanciono?» Garantías frente al uso de inteligencia artificial y decisiones automatizadas en el sector público y la sentencia holandesa de febrero de 2020", *La Ley Privacidad*(4). Obtenido de https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAAEAMtMSb-F1CTEAAmMDSwNjM7Wy1KLizPw8WyMDIwMDEyN-zkEBmWqVLfnJIZUGqbUIRaSoApoQJizQAAAA=WKE#-DT0000309036_NOTA1
- De Miguel Asensio, P. A. (2021), "Propuesta de Reglamento sobre inteligencia artificial", *La ley Unión Europea*(92), pp. 1-8.

- Diéguez, A. (2017), *Transhumanismo. La búsqueda tecnológica del mejoramiento humano*, Herder Editorial, Barcelona.
- Diéguez, A. (2021), *Cuerpos inadecuados*, Herder Editorial, Barcelona.
- Ebers, M., Hoch, V. R., Rosenkranz, F., Ruschemeier, H., & Steinrötter, B. (2021), "The European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act—A Critical Assessment by Members of the Robotics and AI Law Society (RAILS)", *J MDPI*, 4(4), pp. 589-603.
- Ewa Harasimiuk, D. & Braun, T. (2021), *Regulating Artificial Intelligence. Binary Ethics and Law*, Routledge, New York.
- García García, S. (2022), "Una aproximación a la futura regulación de la inteligencia artificial en la Unión Europea", *Revista de Estudios Europeos*, (79), pp. 304-323.
- Grandhi, N. M. (2020), "¿Puede la Inteligencia Artificial ser un sujeto de Derecho?", *Simposio Argentino de Informática y Derecho (Jaiio)*, pp. 54-61.
- Lazcoz Moratinos, G., & Castillo Parrilla, J. A. (2020), "Valoración algorítmica ante los derechos humanos y el Reglamento General de Protección de datos: el caso SyRI", *Revista chilena de Derecho y Tecnología*, 9(1), pp. 207-225
- McCarthy, J. (2007), "What is Artificial Intelligence?", *Computer Science Department of Stanford University*, pp. 1-15.
- Morte Ferrer, R. (2021), "Valoraciones éticas para una inteligencia artificial adecuada a la privacidad", *Arbor*, 197(802), a628, pp. 1-30. Disponible en: <https://doi.org/10.3989/arbor.2021.802006>
- Muñoz Vela, J. M. (2021), *Cuestiones éticas de la Inteligencia Artificial y repercusiones jurídicas. De lo dispositivo a lo imperativo*, Aranzadi, Cizur Menor.
- Olmedo Peralta, E. (2021), "El reto de adaptar el derecho de la competencia a la lógica de la economía de los datos", en *La aplicación del derecho de la competencia en la economía de los datos*, dir. Olmedo Peralta, Editorial Aranzadi, Cizur Menor.
- Oubiña Barbolla, S. (2021), "Límites a la utilización de algoritmos en el sector público: reflexiones a propósito del caso SyRI", en *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, dir. Barona Vilar, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Pastrana Espárraga, M. (2021), "Los precios personalizados como práctica anticompetitiva de discriminación mediante el uso de algoritmos", en *El sistema jurídico ante la digitalización: estudios de derecho privado*, dir. Paniagua Zurera, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Pastrana Espárraga, M. (2021), "Algoritmos, big data e inteligencia artificial: nuevos desafíos en el derecho de la competencia", en *La aplicación del derecho de la competencia en la economía de los datos*, dir. Olmedo Peralta, Editorial Aranzadi, Cizur Menor.
- Robles Martín-Laborda, A. (2018). "Cuando el cartelista es un robot: colusión en mercados digitales mediante algoritmos de precios", *Actas de derecho industrial y derechos de autor*, Tomo 38, pp. 77-103.
- Rouhiainen L. (2018), *Inteligencia Artificial. 101 cosas que debes saber hoy sobre nuestro futuro*, Alienta, Barcelona.
- Russell, S. & Norvig, P. (2009), *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, Prentice Hall, New Jersey, 3ª ed.
- Sadin, É. (2020), *La Inteligencia Artificial o el desafío del siglo. Anatomía de un antihumanismo radical*, Caja Negra Editora, Buenos Aires.
- Torres Jarrín, M. (2021), "La UE & la gobernanza ética de la inteligencia artificial: Inteligencia artificial & diplomacia", *Cuadernos salmantinos de filosofía*, 48, pp. 213-234.
- Vecinday, L. (2020), "Sistemas de información y prácticas de vigilancia en la protección social: controversias, tensiones y desafíos para el Trabajo Social", *Revista Plaza Pública*(23), pp. 58-75.
- Vestri, G. (2021), "La inteligencia artificial ante el desafío de la transparencia algorítmica: una aproximación desde la perspectiva jurídico-administrativa", *Revista Aragonesa de Administración Pública*(56), pp. 368-398.



