

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Manuel Marchena Gómez

Magistrado del Tribunal Supremo

Presidente Sala Penal

Doctor en Derecho.

INDICE: I.- INTRODUCCIÓN; II.- LA IRRUPCIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS JURÍDICOS; III.- LOS DESAFÍOS CONCEPTUALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL FRENTE A LOS DAÑOS OCASIONADOS POR DISPOSITIVOS ROBÓTICOS: 1.- Delimitación metódica; 2.- La responsabilidad civil por el daño robótico; 3.- Personalidad robótica; 4.- Responsabilidad civil extracontractual e inteligencia artificial a la vista de la propuesta de Directiva de 28 de septiembre de 2022; 5.- CONCLUSIONES

I.- INTRODUCCIÓN

La imparable progresión de las nuevas realidades tecnológicas ha demostrado la insuficiencia de nuestro sistema jurídico, con algunas de sus raíces todavía ancladas en la inspiración decimonónica del derecho codificado. La evolución del cuadro normativo llamado a solucionar los conflictos sociales nada tiene que ver con el ritmo al que se suceden los avances, hasta el punto de que no son pocos los que ya hablan de la inminencia de un *tsunami digital*¹.

La sociedad actual es la sociedad del tratamiento automatizado de datos, la del conocimiento privilegiado de los perfiles de todos aquellos a los que la evolución nos ha incorporado a un mundo interconectado, telemático, en el que nos movemos dejando trazas de identidad personal que nos etiquetan para siempre. Un modelo de sociedad que avanza a una velocidad vertiginosa hacia un destino todavía incierto, pero de cuya realidad no es fácil abdicar, a menos que voluntariamente renunciemos a las inimaginables ventajas que nos ofrece la sociedad digital del futuro o, lo que es peor, que aceptemos convertirnos en dependientes tecnológicos. La renuncia generacional para sumarse a las posibilidades que ofrece la inteligencia artificial (en adelante IA) será también una renuncia a aprovecharse de las utilidades que ya están entre nosotros y que empiezan a vislumbrarse en un futuro no especialmente lejano. Por más que persistan encomiables actitudes de resistencia frente a la voluntaria entrega de datos que se deriva del uso de las nuevas tecnologías, el

¹.- BARRIO ANDRÉS, M, "Hacia una personalidad electrónica para los robots", *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, marzo-abril 2018, pág. 92.

futuro no va a permitir la construcción de dos modelos de convivencia en paralelo. De una parte, una sociedad ajustada al ideal clásico, convencional, que acoge a ciudadanos que luchan cada día por no ceder espacios de privacidad y, por otro lado, una sociedad en la que las nuevas tecnologías imponen sus propias razones y obligan a la renuncia de conquistas de dimensión histórica².

El análisis acerca de los efectos de esa futura convivencia del hombre y la máquina inteligente ha llevado a NOAH HARARI a afirmar que «...los algoritmos de macrodatos pueden crear dictaduras digitales en las que todo el poder esté concentrado en las manos de una élite minúscula al tiempo que la mayor parte de la gente padezca no ya explotación, sino algo muchísimo peor: irrelevancia»³. Esa irrelevancia hará mucho más difícil la alternancia y el cambio político que caracteriza los sistemas democráticos, pues «...en el siglo XXI las revueltas populistas se (organizarán) no contra una élite económica que explota a la gente, sino contra una élite económica que ya no la necesita. Esta bien pudiera ser una batalla perdida. Es mucho más difícil luchar contra la irrelevancia que contra la explotación»⁴. Y es que, desde la década de 1990, «...Internet ha cambiado el mundo probablemente más que ningún otro factor, pero la revolución internáutica la han dirigido ingenieros más que partidos políticos. (...) El sistema democrático todavía está esforzándose para comprender qué le ha golpeado, y apenas está capacitado para habérselas con los trastornos que se avecinan, como el auge de la IA y la revolución de la cadena de bloques»⁵.

II.- LA IRRUPCIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS JURÍDICOS

El ámbito jurisdiccional es uno sólo de los tantos espacios de la vida en los que la IA se ha adentrado de forma irreversible. Su presencia en lo que muchos definen ya como el comienzo de una nueva era ha llevado a dibujar

² .- En palabras de BARONA VILLAR, S. en *Algoritmización del derecho y de la justicia. De la inteligencia artificial a la Smart Justice*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 210: “los datos se usan para conseguir beneficios, se ha convertido en la moneda de trueque. Su irrupción en el mundo ‘digital’ ha sido espectacular, mutando el hábitat humano; datos que se obtienen, tratan, explotan, y se aplican a través de la tecnología, que los transforma en la riqueza del siglo XXI. Ha alcanzado el pódium del protagonismo social, político, económico, comercial, y por supuesto también jurídico. Su irresistibilidad es palmaria. (...) Esta realidad ‘de los datos’ ha propiciado la mutación de la humanidad, que venía configurada analógicamente, para convertirse en una eclosión masiva de datos que arrastra tras de sí esa mutación de lo que fuimos y de lo que somos”.

³ .- NOAH HARARI, Y. “21 Lecciones para el siglo XXI”, Edit. Debate, 2018, pág. 9.

⁴ .- NOAH HARARI, Y, *op.cit.* pág. 17.

⁵ .- *Ibidem* pág. 15.

escenarios distópicos con máquinas inteligentes que serían capaces de superar la creatividad humana. Nos adentramos así en una materia que justificaría por sí sola una reflexión mucho más extensa de la que ahora nos ocupa. De hecho, la creciente bibliografía es bien expresiva del interés acerca de las consecuencias sociales, laborales, económicas y políticas que la IA puede acarrear en el futuro y, si precisamos algo más, está acarreado ya en el presente.

El tiempo ha puesto de manifiesto que las soluciones parciales y fragmentarias aprobadas por el legislador para hacer frente a esos desafíos no han abarcado –no podían hacerlo a la vista del ritmo al que se suceden los descubrimientos- los numerosos problemas que se han ido evidenciando.

La resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, advierte de que *«...ahora la humanidad se encuentra a las puertas de una era en la que los robots, bots, androides y otras formas de inteligencia artificial cada vez más sofisticadas parecen dispuestas a desencadenar una nueva revolución industrial»*⁶.

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

Pero con la misma claridad también asume que *«...el uso de la inteligencia artificial puede afectar a los valores sobre los que se fundamenta la UE y provocar la conculcación de derechos fundamentales, como la libertad de expresión, la libertad de reunión, la dignidad humana, la ausencia de discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o credo, discapacidad, edad u orientación sexual, y, en su aplicación en determinados ámbitos, la protección de los datos personales y de la vida privada, el derecho a una tutela judicial efectiva y a un juicio justo, o la protección de los*

⁶.- https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html

consumidores. Estos riesgos pueden ser resultado de defectos en el diseño general de los sistemas de IA (especialmente en lo que se refiere a la supervisión humana) o del uso de datos que puedan ser sesgados sin una corrección previa (por ejemplo, se entrena un sistema utilizando única o principalmente datos relativos a hombres, y ello se traduce en resultados peores con relación a las mujeres)⁷.

Sin pretender ahondar en el inacabado esfuerzo dogmático de delimitación conceptual de lo que por IA debe entenderse⁸, lo cierto es que esa tarea se complica a la vista del amplísimo panorama de funcionalidades que la IA puede llegar a ofrecer. Existe una IA que ya hemos interiorizado con absoluta normalidad y que se aplica de forma insustituible en nuestra rutina cotidiana. Son realidades ya conocidas por todos la IA aplicada a la domótica, el comercio, la investigación médica, el transporte, la empleada con fines militares o, sin ir más lejos, la que permite elegir la película que mejor se ajusta a nuestros gustos, o componer una canción capaz de competir en un concurso internacional.

En el ámbito jurídico son ya muchas las experiencias en el marco de la justicia algorítmica. Por citar sólo algunas, nos referiremos a la holandesa guía legal sobre la separación, utilizada ya por varios miles de parejas; los modelos experimentales para predecir las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; la herramienta *jurismetria* ofrecida por una multinacional que opera en España; el programa *Case Francia Alfa*, para predecir decisiones en materia de indemnización de daños; el programa de algoritmos *Coln-Contract Intelligence*, para interpretar acuerdos comerciales, y el sistema *KIRA*, para evaluar las cláusulas abusivas en los contratos. A partir de estas experiencias es evidente la potencial aplicación de algoritmos en el terreno de la justicia y, sobre todo, la necesidad de fijar algunos límites⁹.

Por otra parte, la presencia de fórmulas alternativas al modelo histórico de resolución de conflictos se extiende cada día más. Entre los sistemas pioneros cabe apuntar la aplicación británica que permite formalizar y resolver reclamaciones civiles por cantidades inferiores a 10.000 libras esterlinas, modelo que ha inspirado otras soluciones alternativas en materia de divorcios, testamentarías y asuntos penales de escasa relevancia. En Estonia, en el marco de la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial se ha posibilitado una

⁷ .- https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf

⁸ .- Vid. SUSSKIND R. *Tribunales online y la Justicia del futuro*, Edit. La Ley, Wolters Kluwer, 2020, pág. 306.

⁹ .- Cfr. BATTELLI, E “La decisión robótica: algoritmos, interpretación y justicia predictiva”, *Revista de Derecho Privado* núm. 40, 2021, págs. 66-69

reclamación telemática que viabiliza la resolución de conflictos contractuales no superiores a 7.000 euros. China, que avanza a pasos agigantados al uso de la IA puesta al servicio de estremecedores modelos predictivos, ha activado procedimientos judiciales en línea y digitalizados mediante el llamado «*Libro blanco de la Corte Suprema de China*» (*Chinese Courts and Internet Judiciary*), De obligada cita es también el software MODRIA, que permite resolver telemáticamente controversias jurídicas y que ha ampliado su limitada funcionalidad inicial, originariamente concebida para ayudar a *Ebay* y *Paypal* -plataformas concebidas para dotar de seguridad a las transacciones del comercio electrónico- a resolver las reclamaciones que realizaban sus clientes sin necesidad de abogado. Se ha consolidado así como una aplicación prejudicial para resolver pequeños conflictos que, en otros territorios, como es el caso de California, permite a las parejas en crisis matrimonial obtener una intermediación para alcanzar acuerdos en materia de división de la sociedad de gananciales, determinación de la pensión alimentaria y la custodia de los hijos. Holanda ha importado algunas de estas aplicaciones como fórmula de inspiración para resolver posibles litigios transnacionales¹⁰.

Incluso con el respaldo institucional de la Unión Europea se ha creado la plataforma europea para la resolución de litigios en línea. Es el resultado de un cuadro normativo integrado por la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo; y, por otro lado, al Reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo. El Reglamento pone a disposición de las Entidades de Resolución Alternativa de Litigios en materia de consumo -entidades RAL- que cumplan con los principios de la Directiva 2013/11 una plataforma para la resolución de litigios en línea. Además de los usuarios que quieran acogerse a este singular modo de resolución de controversias, los protagonistas de la plataforma son, precisamente, las entidades RAL acreditadas por cumplir los estándares de calidad recogidos en la Directiva 2013/11. Del mismo modo, cada Estado miembro nombrará un punto de contacto de resolución de litigios en línea y deberá comunicarlo a la Comisión, pudiendo conferir esta misión a la Red de Centros Europeos del Consumidor¹¹.

¹⁰ .- BARONA VILLAR, S. en *Algoritmización del derecho... op.cit.* págs. 394 a 396, describe y valora esos modelos de justicia alternativa.

¹¹ .- CONDE FUENTES, J. "La plataforma europea de resolución de litigios en línea ¿alternativa efectiva para los consumidores?", en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 50, 2020, https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=422312&d=1, advierte de los errores derivados de una configuración que convierte la aceptación por parte del comerciante demandado en una decisión voluntaria, lo que hace explicable, entre otras razones, que sólo un 2% de las reclamaciones presentadas continúe su gestión ante una entidad RAL.

Sin embargo, la falta de coordinación entre las distintas administraciones estatales y autonómicas, alguna de ellas todavía anclada en el escepticismo sobre la viabilidad inmediata de las aplicaciones de IA, puede conducir a una situación similar a la ya vivida a raíz de la implantación del expediente electrónico. En efecto, algunas comunidades autónomas han visto en la singularidad de su propio sistema informático una seña de identidad llamada a definir un peculiar punto de contraste frente a soluciones uniformes. La marcha hacia la implantación de soluciones algorítmicas que sirvan como instrumentos para la solución de conflictos ha de ser una marcha concertada, no ya en el ámbito nacional sino de carácter internacional. Se impone, pues, la necesidad de definir, en primer lugar, cimientos conceptuales y tecnológicos claros y compartidos; además, se habría de aprobar una normativa que garantice el adecuado tratamiento de macrodatos, algoritmos y los sistemas de automatización. Y todo ello aprovechando las posibilidades de colaboración y coordinación en materia de diseño, reutilización y transferencia de tecnología entre la administración de justicia y los distintos entes administrativos¹².

Los pasos dados por la Ley 18/2011, 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la administración de justicia y la creación del Comité Técnico Estatal para la administración judicial electrónica (Real Decreto 396/2013, 7 de junio), expresan una encomiable voluntad de armonización del proceso de implantación de una justicia abiertamente tecnologizada. Sin embargo, la experiencia pone de manifiesto que no basta buena voluntad para cabalgar decididamente hacia el futuro. La aprobación del proyecto de Ley de Eficiencia Digital al Servicio Público de Justicia -de frustrada vigencia al disolverse el Parlamento- fue presentada con el objetivo de definir «...un marco jurídico de vanguardia para promover y facilitar el avance en la transformación digital de la Justicia, regulando los servicios digitales accesibles a la ciudadanía, reforzando la seguridad jurídica en el ámbito digital, impulsando su eficiencia y orientando al dato (sic) los sistemas de Justicia»¹³.

Como puede apreciarse, la presencia de la IA en el desarrollo de las rutinas más elementales de nuestra vida viene suscitando la atención de los poderes públicos de cara a elaborar un incipiente cuadro normativo que dé

¹² .- Cfr. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. "Inteligencia artificial, algoritmos y automatización en la Justicia. Propuestas para su efectiva implantación", *Práctica de Tribunales*, núm. 149, marzo-abril 2021, *La Ley* 4577/2021, sugiere, a partir de esas premisas, que las diferentes administraciones autonómicas con competencias en esta materia, el CTEAJE (Comité Técnico Estatal de la Administración Judicial Electrónica) y el Consejo General del Poder Judicial acometan un proceso de desarrollo conjunto de sistemas de automatización e IA para ser utilizado en la práctica de los tribunales.

¹³ .- <https://www.mjusticia.gob.es/es/ministerio/gabinete-comunicacion/noticias-ministerio/ley-eficiencia-digital>

respuestas a los problemas que se vislumbran en el horizonte. La Disposición Adicional 130 de la Ley 22/2021, 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, prevé la creación de la Agencia Española de Supervisión de IA. «1. Se autoriza al Gobierno a impulsar una Ley, de acuerdo con el artículo 91 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, para la creación de la Agencia Española de Supervisión de IA en España, configurada como Agencia Estatal dotada de personalidad jurídica pública, patrimonio propio y autonomía en su gestión, con potestad administrativa»¹⁴.

La importancia de una agencia de supervisión de la IA se justifica por sí sola. Sería deseable que su puesta en marcha se despojara de toda tentación burocrática y que sus responsables fueran conscientes de la relevancia histórica que va a tener su función. Y es que, como se ha dicho con acierto¹⁵, la estructura del razonamiento algorítmico sobre el que descansa una determinada decisión ha de someterse a un proceso que tiene tres fases claramente diferenciadas: a) verificación; b) validación, y c) evaluación. Y es éste el espacio natural en el que se va a resolver todo lo que está conectado a la calidad y la transparencia de los procesos computacionales. La exigencia de unos estándares irrenunciables en el procesamiento de la información y de los datos que lleva consigo la IA servirá para asegurar la adecuada funcionalidad de los trabajos programados. Pero tan necesaria como la garantía de calidad en la definición del algoritmo es la salvaguarda de lo que ha llamado el «*principio de imparcialidad del validador*».

En la doctrina, ya se habla con naturalidad del «*derecho de los robots*», concebido como una nueva rama jurídica autónoma que nace para dar respuesta a los insólitos desafíos y situaciones disruptivas que empiezan a

¹⁴ .- Esta Agencia actuará con plena independencia orgánica y funcional de las Administraciones Públicas, de forma objetiva, transparente e imparcial, llevando a cabo medidas destinadas a la minimización de riesgos significativos sobre la seguridad y salud de las personas, así como sobre sus derechos fundamentales, que puedan derivarse del uso de sistemas de IA. Estas medidas incluirán actuaciones propias, actuaciones en coordinación con otras autoridades competentes, cuando sea aplicable, y actuaciones de apoyo a entidades privadas.

La Agencia Estatal se encargará del desarrollo, supervisión y seguimiento de los proyectos enmarcados dentro de la Estrategia Nacional de IA, así como aquellos impulsados por la Unión Europea, en particular los relativos al desarrollo normativo sobre IA y sus posibles usos.

La Agencia Estatal se encontrará adscrita a la Secretaría de Estado de Digitalización e IA, dentro del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. Se regirá por lo establecido en su estatuto orgánico y por lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre

¹⁵ .- Cfr. GUSTAVO CORVALÁN, J, “Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades – Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia”, *Revista de Investigaçoes Constitucionais*, vol. 5, núm. 1, enero-abril 2018, págs. 311 y 312.

aflorar. La presencia generalizada de la robótica en la sociedad va a generar tensiones culturales, económicas y, por supuesto, jurídicas, que comienzan a desbordar los límites históricos del constitucionalismo tal y como fue concebido. La robótica lleva ínsita un *«inevitable cambio de paradigma legal, que va a provocar transformaciones estructurales en el Derecho, sus instituciones y operadores jurídicos»*¹⁶.

A lo largo de esta exposición, renunciando a objetivos metodológicos más ambiciosos, me voy a aferrar a un concepto funcional de IA. A estos efectos, puede ser válida la idea que ve en la IA el modo en que determinadas aplicaciones procesan la información de un modo automatizado produciendo resultados que denotan inteligencia¹⁷.

La necesidad de un esfuerzo de delimitación metodológica que fije en sus estrictos términos la noción de IA ha sido puesta de manifiesto por PÉREZ LUÑO. La inteligencia artificial alude al conjunto de actividades informáticas que si fueran realizadas por el hombre se considerarían producto de su inteligencia. La propia amplitud de las operaciones abarcables mediante los algoritmos que definen la IA, desde la comprensión de lenguajes naturales, el reconocimiento de imágenes o sonidos, hasta una amplia y diversa gama de juegos y simulaciones, han determinado una necesidad de acotar y delimitar su ámbito. A ello también ha contribuido la contradicción que supone predicar de entidades ajenas al hombre el rasgo humano por excelencia, o sea, la inteligencia. De ahí que hoy se aluda preferentemente al sector más importante de la inteligencia artificial, el que se refiere a los sistemas expertos. Tales sistemas incorporan, de una manera práctica y operativa, el conocimiento que posee un experto en la materia de que se trate. Consisten en programas que reproducen las actuaciones que ha previsto el experto que los diseña. Se indica que al igual que el médico dictamina en función de alojar los síntomas de la enfermedad en un cuadro de patologías, el juez mediante el silogismo de la subsunción atribuye a unos hechos tipificados las consecuencias jurídicas previstas en la norma¹⁸.

En palabras de la UNESCO, en su Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial de 24 de noviembre de 2021, *«...los sistemas de IA son tecnologías de procesamiento de la información que integran modelos y algoritmos que producen una capacidad para aprender y realizar tareas*

¹⁶ .- BARRIO ANDRÉS M, "Hacia una personalidad...", *op.cit.* págs. 89-107.

¹⁷ .- SURDEN, H, "Machine learning and Law", *Washington Law Review*, 89(1), citado por BONSIGNORE, D. "Sobre inteligencia artificial, decisiones judiciales y vacíos de argumentación", *Teoría y Derecho*, núm. 29, pág. 251.

¹⁸ .- PÉREZ LUÑO, A.E. "¿Qué significa juzgar?", *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2009, núm. 32, pág. 164.

cognitivas, dando lugar a resultados como la predicción y la adopción de decisiones en entornos materiales y virtuales». Y en el glosario que incorpora la Carta Ética Europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno adoptado por el CEPEJ -Comisión Europea para la eficiencia de la Justicia- en Estrasburgo, los días 3-4 de diciembre de 2018, se alude a «...un conjunto de métodos, teorías y técnicas científicas cuyo objetivo es reproducir, mediante una máquina, las habilidades cognitivas de los seres humanos».

En definitiva, se trata de aprovechar la utilidad que ofrecen los sistemas computacionales para lograr, mediante la interrelación programada de la información que almacenan, respuestas calificables como inteligentes a los interrogantes a los que pueden ser sometidos¹⁹.

III.- LOS DESAFÍOS CONCEPTUALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL FRENTE A LOS DAÑOS OCASIONADOS POR DISPOSITIVOS ROBÓTICOS

1.- Delimitación metódica

Es fácil detectar que las perspectivas de análisis con las que abordar la incidencia de la IA en el círculo de derechos de cualquier ciudadano son, desde luego, proteicas. Desbordaría el objeto de esta ponencia centrarnos en los efectos que los dispositivos algorítmicos pueden llegar a producir en la investigación y enjuiciamiento penal. De ello ya nos hemos ocupado en otra ocasión²⁰. Los riesgos asociados a la creciente confianza en sistemas computarizados, capaces de ofrecer pronósticos sobre las probabilidades estadísticas de reincidencia de cualquier acusado, han sido ya subrayados por la doctrina. La cómoda tolerancia hacia una justicia predictiva puede ser el primer paso hasta la generalización de jueces robóticos que, en relación con determinadas controversias jurídicas, podrían llegar a sustituir a quienes, hoy por hoy, ejercen la función jurisdiccional. No es éste el objeto de estas líneas.

Sin adentrarnos en el ámbito y en los límites de la responsabilidad penal, también en la jurisdicción laboral la incidencia de la IA ha llevado a reclamaciones jurisdiccionales que han tratado de reparar un daño menos visible, incluso potencial, pero que puede llegar a desencadenarse a raíz de la vulneración por un algoritmo de las leyes reguladoras del derecho a la protección de datos. Fue este el caso abordado por la sentencia de 5 de febrero de 2020, *Rechtbank Den Haag*, del Tribunal de Distrito de La Haya.

¹⁹ .- Un análisis descriptivo de las distintas acepciones de IA puede verse en HERNÁNDEZ GIMÉNEZ, M. "Inteligencia artificial y derecho penal", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, junio 2019, págs. 794 a 797.

²⁰ .- MARCHENA GÓMEZ, M. *Inteligencia artificial y jurisdicción penal*. **

Entendieron los jueces que el sistema algorítmico diseñado para evaluar el riesgo de fraude y que venía siendo utilizado por el Gobierno de los Países Bajos, no cumplía las exigencias de proporcionalidad y transparencia necesarias, vulnerando así las previsiones sobre respeto a la vida privada que reconoce el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La vulneración del derecho a la intimidad habría estado originada por la circunstancia de que el Gobierno no hizo público el tipo de algoritmos utilizados en el modelo de riesgo, ni proporcionó información sobre el método de análisis de riesgos utilizado, desconociendo el afectado que dicha información era utilizada con esa finalidad y sin poder verificar la información empleada, de modo que al establecer perfiles de riesgo se podía producir conexiones involuntarias basadas en sesgos²¹.

Esta resolución pone de manifiesto el permanente conflicto entre privacidad e IA, un conflicto que tenderá, a buen seguro, a intensificarse en los próximos años. La facilidad con la que el usuario acepta la entrega definitiva de sus propios datos para el disfrute de una aplicación, en la mayor parte de los casos de carácter gratuita y que hace más fácil el día a día, encierra un acto de abdicación de nuestra propia mismidad que puede acarrear consecuencias inicialmente imprevisibles. En palabras de NAVARRO MENDIZÁBAL, «...*la privacidad es un auténtico campo de batalla en el terreno jurídico, económico y ético. Pongamos un ejemplo: hay una compañía de seguros que ofrece seguros más baratos a aquellos que tengan unos hábitos de vida saludables, lo que se mide a través de una app que está conectada a una pulsera y controla si el usuario anda 10.000 pasos diarios, esto: ¿es bueno o malo? Por un lado, es una evidente intrusión en la privacidad de la persona y, por otro, pretende favorecer un estilo de vida saludable, además de ser un descuento en el seguro*»²².

En nuestro país, probablemente por la necesidad de adelantarse legislativamente, al menos en el ámbito laboral, a la pujante realidad del principio de trazabilidad de algoritmo, se ha aprobado una modificación del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Decreto 2/1915, de 23 de octubre. En efecto, la reforma llevada a cabo por la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, ha añadido una nueva letra d) al art. 64.4 del Estatuto, reconociendo el derecho a «...*ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o*

²¹ .- RIVAS VELASCO, M^a J, “Uso ético de inteligencia artificial en justicia”, *Diario La Ley*, núm. 10327, 13 de julio de 2023.

²² .- NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A . “La responsabilidad civil en tiempos de la IA y los robots”, “Responsabilidad civil robótica e inteligencia artificial”, en *La Robótica y la inteligencia artificial en la nueva era de la revolución industrial 4.0 (los desafíos jurídicos, éticos y tecnológicos de los robots inteligentes)*, AAVV, edit. Dykinson, 2021, pág. 220.

sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles».

2.- La responsabilidad civil por el daño robótico

En el genuino terreno de la responsabilidad civil, la naturalidad con la que asumimos la existencia de dispositivos de IA que están desarrollando labores rutinarias en sustitución de las personas que históricamente venían desempeñando ese trabajo, nos conduce de forma obligada a plantearnos qué tratamiento jurídico deberíamos dar a aquellos daños ocasionados no por una decisión humana, sino por un algoritmo programado. De lo que se trata, al fin y a la cabo, es de dar respuesta al régimen de una posible responsabilidad por los daños personales o materiales que pueda causar la decisión robótica. Es claro que, cuanto más autonomía decisional pueda predicarse de sus resoluciones, más problemático será derivar esa responsabilidad por la vía de su consideración como simples instrumentos en manos de otros agentes responsables -como el fabricante, el operador, el propietario, el usuario, etc.-, ya que la causación del daño es consecuencia de su programación, o más precisamente, del efecto conjunto de su hardware, sistema operativo y software²³. La autonomía del robot -y esto es un hecho fácilmente constatable a la vista de los avances técnicos- provoca un efecto diluyente entre los múltiples actores que participan y contribuyen a esa realidad.

Y nos movemos en un ámbito en el que todo está por definir. Dice NAVARRO MENDIZÁBAL que somos conscientes de que *«...más que ante un mundo VICA (volátil, incierto, complejo y ambiguo), se está pariendo un mundo nuevo, que será diferente y que todavía no podemos vislumbrar (...) en un campo que es frontera en todas las ciencias y como los hombres de frontera nos vemos obligados a abandonar el terreno conocido para entrar en 'terra incógnita'»*²⁴.

El concepto mismo de «robot» no es unívoco. De hecho, no resulta fácil sustraerse a una concepción morfológica, muy vinculada a la literatura y el cine, en la que el robot se presenta como un dispositivo o androide capaz de ejecutar tareas hasta hace bien poco realizadas por humanos. Aun así, se discute si ese concepto debería quedar reservado sólo para aquellos dispositivos que ejecutan sus acciones a partir de un algoritmo de IA o también

²³ .- BARRIO ANDRÉS, "Hacia una personalidad...", *op.cit.* pág. 97

²⁴ .- NAVARRO MENDIZÁBAL, *op.cit.* págs. 197 y 207.

habría de extenderse a objetos cuya actividad se acomoda a un impulso puramente mecánico²⁵.

Son estas dificultades y la singularidad del modo de actuar de los robots, frente a los conceptos más convencionales de responsabilidad civil, los que están conduciendo, como ya hemos apuntado con anterioridad, a la reivindicación de un *derecho de los robots* que se alimente de nociones capaces de hacer frente a desafíos disruptivos que todavía hoy no podemos imaginar²⁶.

De hecho, la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)), incluye entre sus propuestas la de «... *crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente*».

Esa misma resolución incorpora en su apartado 45 la petición a la Comisión para que, cuando realice una evaluación de impacto de su futuro instrumento legislativo, explore, analice y considere las implicaciones de todas las posibles soluciones jurídicas, tales como:

a) establecer un régimen de seguro obligatorio en los casos en que sea pertinente y necesario para categorías específicas de robots, similar al existente para los automóviles, en el que los fabricantes o los propietarios de robots estarían obligados a suscribir un contrato de seguro por los posibles daños y perjuicios causados por sus robots;

b) establecer un fondo de compensación que garantice la reparación de los daños o perjuicios causados por un robot ante la ausencia de un seguro;

c) permitir que el fabricante, el programador, el propietario o el usuario puedan beneficiarse de un régimen de responsabilidad limitada si contribuyen a

²⁵ .- Sobre el concepto y el origen terminológico de la palabra «robot» vid. ZURITA MARTÍN, I. “Gestión de riesgos y responsabilidad civil de los robots”, en *Cuestiones clásicas y actuales del derecho de daños (Estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*. AAVV, Tomo I, Tomo II y Tomo III, 1ª ed. Marzo 2021 -versión digital, sin numeración-. Véase también NAVARRO MENDIZABAL, *op.cit.*, págs. 207 a 211.

²⁶ .- BARRIO ANDRÉS, *Ibidem* pág. 99.

un fondo de compensación o bien si suscriben conjuntamente un seguro que garantice la compensación de daños o perjuicios causados por un robot;

d) decidir si conviene crear un fondo general para todos los robots autónomos inteligentes o crear un fondo individual para cada categoría de robot, así como la elección entre un canon único al introducir el robot en el mercado o pagos periódicos durante la vida del robot;

e) crear un número de matrícula individual que figure en un registro específico de la Unión que asegure la asociación entre el robot y el fondo del que depende y que permita que cualquier persona que interactúe con el robot esté al corriente de la naturaleza del fondo, los límites de su responsabilidad en caso de daños materiales, los nombres y las funciones de los participantes y otros datos pertinentes;

f) crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente.

Los problemas jurídicos en el marco de las reclamaciones civiles exigen, sin embargo, algo más que sugerentes propuestas de futuro. El futuro ya está aquí y la reparación del daño derivado del uso de la electrónica en la prestación de servicios históricamente asumida por el hombre reivindica la definición de un renovado régimen normativo. Y es aquí donde empiezan las dificultades.

De entrada, se hace necesario diversificar el marco jurídico de esa responsabilidad en la que todo es novedoso. Son muchas las personas cuyo convergente trabajo puede estar detrás del mecanismo causante del daño. De ahí la importancia de distinguir entre las diferentes aportaciones causales, cada una de ellas con un protagonismo distinto a la hora de valorar la contribución al resultado dañoso.

Así, por ejemplo, los trabajos normativos de la UE apuntan hacia una responsabilidad del operador del sistema de IA que habría de estar basada en la gestión del riesgo. Se trataría de definir un régimen de responsabilidad civil con las notas que definen la responsabilidad objetiva frente a los daños ocasionados en las personas y cosas por una actividad física o virtual, un dispositivo o un proceso gobernado por un sistema de IA²⁷.

²⁷ .- NAVAS NAVARRO, S. "Responsabilidad civil e inteligencia artificial", *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, núm. 100, septiembre-octubre 2022, pág. 106.

Pero es también necesario reglar las premisas jurídicas de las que derivar la posible responsabilidad civil del fabricante de un sistema de IA. El proceso de revisión de la Directiva 85/374/CEE, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, tendrá necesariamente que abordar la redefinición de conceptos que, en la fecha de publicación de aquella directiva, poco tenían que ver con el funcionamiento de los dispositivos algorítmicos y la sociedad digital. Ahora es necesario redefinir los conceptos de producto, productor, defecto, puesta en circulación y daños. Como ha puesto de manifiesto NAVAS NAVARRO, «...es ya evidente que los productos que se comercializan en el mercado interior han ganado en complejidad al comprender elementos digitales que van cambiando, actualizándose, mejorándose, que se confunden en ocasiones con los servicios también prestados digitalmente; productos que se comunican e interactúan con otros productos y servicios mediante diferentes sistemas, que generan un importante flujo de datos, los cuales constituyen un bien en sí mismos, que emplean sistemas de IA autónomos para tomar decisiones tras el procesado veloz de cantidades ingentes de datos»²⁸.

Sin embargo, la responsabilidad objetiva, frente al criterio histórico de imputación del daño proclamado por el art. 1902 del Código Civil, basado en la conducta negligente, no resuelve todos los problemas. Es cierto que, desde la perspectiva de la víctima, una vez acreditado el daño y la relación causa-efecto, aquélla tendría derecho a ver reparado el menoscabo físico o patrimonial sufrido. Se evitan así, claro es, las dificultades derivadas del desafío probatorio que ha de asumir el perjudicado y que exige identificar e individualizar al desencadenante del daño entre todos aquellos que hayan participado en el proceso productivo del robot: el fabricante, operario, propietario, programador o diseñador, a lo que necesariamente habría que sumar al formador o instructor, con una papel cada vez más relevante en la toma de decisiones de una máquina capaz de resolver por sí misma algunas de las encrucijadas decisorias en las que puede llegar a encontrarse²⁹.

La insuficiencia de los conceptos más tradicionales de imputación ya ha sido puesta de manifiesto por la doctrina. Y es que la aplicación del marco histórico de responsabilidad civil para hacer realidad la reparación de los daños ocasionados por dispositivos de esta naturaleza no está exenta de dificultades. La imputación se diversifica potencialmente entre el fabricante, el dueño o el usuario de la máquina. Y, hasta ahora, el instrumento jurídico para resolver buena parte de esos problemas está afectado por el paso de un tiempo que transcurre a ritmo de vértigo. La Directiva 85/374/CEE, en materia de

²⁸.- NAVAS NAVARRO, *op.cit.* págs. 110 a 114.

²⁹.- Cfr. ZURITA MARTÍN, "Gestión de riesgos...", *op.cit* -versión digital sin numeración-.

responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, es heredera de su propio tiempo de promulgación. Y los avances que representó en su día imponen ahora un esfuerzo de adaptación que no está resultando nada fácil. En ese año fueron fijados como piezas angulares del sistema de responsabilidad civil por productos defectuosos: a) la responsabilidad sin culpa del productor; b) la carga de la prueba que se hizo recaer en la víctima con respecto al daño, el defecto o la relación causal entre ambos; c) la responsabilidad solidaria de todos los operadores de la cadena de producción para garantizar financieramente la indemnización por el daño causado; d) la exención de responsabilidad del productor³⁰ si demuestra la existencia de determinados presupuestos que eran expresamente mencionados en el art. 7; e) la responsabilidad limitada en el tiempo, en virtud de plazos uniformes; y f) la ilegalidad de las cláusulas que limiten o excluyan la responsabilidad frente a la víctima.

Pero la superación del actual estado de cosas está siendo mucho más lenta de lo deseable. Los procesos de creación normativa encaminados a la aprobación de recomendaciones, directivas y reglamentos en la UE se encuentran en la difícil situación de ofrecer solución a problemas que se insinúan en el horizonte pero que todavía no se vislumbran en su verdadera dimensión. Es el caso, por ejemplo, de la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)), que incorpora una Carta sobre robótica, en la que se propone un código ético de conducta para los ingenieros encargados del diseño de estos dispositivos, código de conducta voluntario y que proclama el «*principio de precaución*», llamado a evitar daños personales o materiales. También se alude al «*principio de reversibilidad*», como un concepto fundamental en la programación de robots, para que ejecuten las órdenes programadas de manera segura y fiable.

En el Preámbulo de esa Carta que define el código ético puede leerse lo siguiente: «*El código de conducta invita a todos los investigadores y diseñadores a actuar de forma responsable y con la máxima consideración a la*

³⁰ .- De acuerdo con lo previsto en el art. 7 de la tantas veces citada directiva 85/374 -ahora en proceso de revisión- «el productor no será responsables si prueba: a) que no puso el producto en circulación; b) o que, teniendo en cuenta las circunstancias, sea probable que el defecto que causó el daño no existiera en el momento en que él puso el producto en circulación o que ese defecto apareciera más tarde; c) que él no fabricó el producto para venderlo o distribuirlo de alguna forma con fines económicos, y que no lo fabricó ni distribuyó en el ámbito de su actividad profesional; d) o que el defecto se debe a que el producto se ajusta a normas imperativas dictadas por los poderes públicos; e) o que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permita descubrir la existencia del defecto; f) o que, en el caso del fabricante de una parte integrante, el defecto sea imputable al diseño del producto a que se ha incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante del producto»

necesidad de respetar la dignidad, intimidad y la seguridad de las personas. (...) El código pide una estrecha colaboración entre todas las disciplinas a fin de garantizar que se lleve a cabo la investigación en robótica en la Unión de un modo seguro, ético y eficaz. (...) El código de conducta cubre todas las actividades de investigación y desarrollo en el campo de la robótica.(...) El código de conducta es voluntario y ofrece un conjunto de principios generales y directrices para las medidas que adopten todas las partes interesadas. (...) Se invita a los organismos de financiación en materia de robótica, los centros de investigación, los investigadores y los comités de ética a que examinen desde las primeras etapas, las consecuencias futuras de las tecnologías u objetos que se investigan y de crear una cultura de la responsabilidad para hacer frente a los retos y oportunidades que puedan plantearse en el futuro. (...) Los organismos públicos y privados de financiación de la investigación en el ámbito de la robótica deberían exigir la realización y presentación de una evaluación del riesgo para cada propuesta de financiación de la investigación en la materia. Un código de estas características debería considerar que la responsabilidad incumbe a los seres humanos, no a los robots».

ZURITA MARTÍN llama la atención acerca de la ingenuidad analítica que se desprende de algunos de los textos europeos orientados hacia la unificación normativa: *«...en verdad, los principios y exigencias sobre los que se fundamenta la Resolución conforman el marco ideal de un escenario utópico, imaginando un entorno bondadoso y controlado, aquel en el que los creadores de robots pueden garantizar la seguridad de cualquier operador o usuario de máquinas inteligentes, y en el que la actuación de estas resulta perfectamente trazable y previsible. Así entendida, la carta sobre robótica no pasa de ser una preciosa declaración de intenciones, en tanto todas las cuestiones que aborda no se encuentran en la actualidad al alcance de los diseñadores³¹».*

3.- Personalidad robótica

En esa personalidad electrónica, a la que antes nos hemos referido, ve BARRIO ANDRÉS un medio para permitir que, en la medida en que exhiben un alto grado de autonomía e interactúan con las personas, puedan ser considerados como titulares de relaciones jurídicas con derechos y obligaciones, admitiendo incluso *«...un cierto reconocimiento jurídico de su subjetividad, fundamentalmente en derechos de naturaleza patrimonial»³².*

En el futuro -que ya está entre nosotros- son perfectamente imaginables dispositivos con una inédita capacidad para asumir cometidos que hasta ahora han venido siendo desarrollados por personas dueñas de su propia voluntad.

³¹ .- Cfr. ZURITA MARTÍN, "Gestión de riesgos...", *op.cit* -versión digital sin numeración-.

³² .- BARRIO ANDRÉS, *op.cit* pág. 105

Basta pensar en la circulación de vehículos sin conductor, en las utilidades robóticas en la medicina, en la ingeniería industrial o en el cuidado asistencial de personas que no pueden actuar por sí solas. Y una vez que se asimila esa realidad y se integra en una normalidad más o menos próxima, no es difícil representarse los daños derivados de un funcionamiento defectuoso que puede llegar a escapar del control de su propia rutina algorítmica. En tales casos, como veremos *infra*, el debate sobre quién ha de asumir la responsabilidad por esos daños materiales o personales no está exento de controversia.

El problema se complica si reparamos en la existencia de máquinas con una limitada capacidad de decisión y con una posibilidad nada desdeñable de elección entre distintas alternativas o en el diseño de sistemas mixtos en los que la IA actúa con el complemento de una voluntad humana que aporta su razonamiento frente al insuperable manejo por el algoritmo de una magnitud de datos.

Todavía hay más. Algunos dispositivos ya incorporan algoritmos que retroalimentan su capacidad para el tratamiento de los datos que forman parte de su memoria y, por consiguiente, para resolver con una más que evidente autonomía decisional. Para explicar el avance en esta materia ANGUIANO trae a colación el ejemplo de la máquina *AlphaGo Zero*, diseñada por Google - *Google Deep Mind*- como máquina superadora de su precedente -*AlphaGo*- que en el año 2016 ganó al campeón del mundo en el juego de mesa de origen chino conocido como «Go». Para este logro, la máquina fue entrenada basándose en la experiencia humana. Se alimentó con los datos de miles de partidas y millones de movimientos de jugadores humanos. La segunda versión de este juego -según los expertos, más complejo que el ajedrez- ganó a la primera por 100 a 0. Incorpora un nuevo algoritmo que le permite aprender a jugar sin previo entrenamiento supervisado. Este algoritmo se sustenta en una red neuronal basada en el «*aprendizaje por refuerzo*»: la máquina se auto-enseña practicando consigo misma hasta alcanzar una capacidad muy superior a la de sus previas versiones³³.

La controvertida defensa de una personalidad robótica, además de su indudable vanguardismo, participa de las notas que definen el puro pragmatismo, esto es, la necesidad de evitar que la víctima de uno daños ocasionados por un dispositivo de esta naturaleza tenga que iniciar un peregrinaje jurisdiccional que comienza desde el momento mismo de definir contra quién ha de ser dirigida la demanda. El programador, el fabricante, el operador o el propietario son algunos de los destinatarios potenciales de una reclamación que no está exenta de serios problemas jurídicos. De entrada, la sede social de cada uno de ellos, determinante de la competencia del órgano

³³ .- ANGUIANO, J.M. "Las personas electrónicas", *Diario La Ley*, núm. 14, Sección Ciberderecho, 18 de enero de 2018.

judicial para conocer la demanda, erige un primer e incierto obstáculo jurídico, al que habrá que añadir los problemas derivados de toda reclamación litisconsorcial. De ahí la propuesta de responsabilizar al mismo robot por los actos u omisiones cuya causa no pueda atribuirse a un humano concreto, sino a actos u omisiones de los robots que hayan causado daños que se podrían haber evitado³⁴.

La necesidad de una personalidad jurídica específica para los robots ha sido también defendida por ERCILLA GARCÍA, para quien el término «*ciberfísico*» es el que más se acerca a la descripción de lo que ha de ser un robot inteligente, de tal manera que el término «*electrónico*» se revelaría exiguo a la hora de identificar a los entes dotados de personalidad jurídica. Por ello, la denominación más correcta habría de ser la de *persona electro-física*, que respondería a la configuración misma de lo que en un futuro serían los robots, a saber, dispositivos físicos con capacidades de computación, almacenamiento y comunicación para controlar e interactuar con un proceso físico, controlados o monitoreados por algoritmos computacionales, e integrados en red³⁵.

La reivindicación de esa personalidad electrónica, asociada al desarrollo de máquinas con capacidad de autoaprendizaje, es también defendida por ANGUIANO. El aprendizaje de forma autónoma, sin interacción humana, atribuye a esos dispositivos independencia cognitiva, de suerte que la computación neuronal determina que la actuación de los robots se vuelva impredecible. La personalidad jurídica permitiría atribuir a las máquinas derechos remuneratorios, como pago por los servicios prestados y dos tipos de obligaciones: fiscales, que contribuirían a sufragar una renta universal para los

³⁴.- Vid. SANTOS GONZÁLEZ, M^a. J. “Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: retos de futuro!”, *Revista Jurídica de la Universidad de León*, 4, 2017, pág. 38. En la misma idea, aunque reconociendo el escaso recorrido práctico de esta medida y su preferencia por sistemas de responsabilidad objetiva en la gestión de riesgos, MONJE BALMASEDA, O. “Responsabilidad civil robótica e inteligencia artificial”, en *La Robótica y la inteligencia artificial en la nueva era de la revolución industrial 4.0 (los desafíos jurídicos, éticos y tecnológicos de los robots inteligentes)*, AAVV, edit. Dykinson, 2021, pág. 242.

³⁵.- ERCILLA GARCÍA, J. “Aproximación a una personalidad jurídica específica para los robots”, *Revista Aranzadi de Derechos y Nuevas Tecnologías*, Editorial Aranzadi, núm. 47, año 2018, págs. 7 y 8. OROZCO PARDO, G. “Inteligencia artificial y robótica: por un marco legal coordinado y coherente”, *Cuadernos Digitales de Formación*, CGPJ, núm. 7, año 2020, entiende -pág. 12- que tendría sentido la ‘personalidad electrónica’ reconocida a determinados tipos de robots, “...pero no como sujetos de derechos y deberes, sino como un mero carácter identificativo con fines indemnizatorios”. RAMÓN FERNÁNDEZ, F. “Robótica, inteligencia artificial y seguridad: ¿Cómo encajar la responsabilidad civil?”, *Diario La Ley*, núm. 9365, 25 febrero 2019, aun reconociendo -pág. 8- la necesidad de afrontar el desafío jurídico de explicar el deber de indemnizar por los daños ocasionados por el robot, considera “no muy loable que la solución más idónea sea atribuir la responsabilidad civil de los robots, con la finalidad de no dilatar el pago de la misma, ya que lo mismo se está produciendo el efecto contrario”.

humanos desempleados, y resarcitorias de los perjuicios ocasionados por su uso³⁶.

La atribución de esa personalidad electrónica al robot -sugerida por la Unión Europea y defendida con lucidez por autores como los ya citados- no está exenta de críticas. TOMÁS MARTÍNEZ califica de verdaderamente controvertida esa declaración de responsabilidad electrónica «...*hasta ahora no sólo desconocida sino jamás pensada*»³⁷. De una parte, por la imposibilidad de equiparar en el plano argumental la naturalidad con la que nuestro sistema jurídico ha admitido históricamente la responsabilidad civil -recientemente también la penal- de las personas jurídicas. De otra, por la necesidad de no llevar la creación de una ficción jurídica más allá de lo indispensable y admisible.

En palabras de NÚÑEZ ZORRILLA, la atribución de personalidad electrónica al robot encierra una línea de pensamiento muy criticable y probablemente equivocada, por dos motivos: por un lado, porque aunque el ordenamiento haya reconocido personalidad a las personas jurídicas; éstas, al fin y al cabo, están formadas por personas humanas, que actúan de la manera que es característica en un ser humano: de manera libre y plenamente consciente. Así que, aunque se les reconozca una capacidad jurídica propia e independiente de sus miembros, dicha capacidad les viene dada precisamente por la capacidad de obrar que ya ostentan previamente los individuos que las

³⁶ .- Explica ANGUIANO, *ob.cit.* que «...Las redes neuronales, también conocidas como 'sistemas conexionistas', son modelos computacionales que se basan en un elevado número de neuronas artificiales, conectadas unidireccionalmente entre sí y formando un número aleatorio de capas. A semejanza del funcionamiento de las neuronas cerebrales, distinguiéndose en ambas tres capas claramente diferenciadas. Mientras nuestras neuronas adquieren la información a través de la dendritas, hay una capa de procesamiento oculto (soma) y hay otra capa de salida de la información en dirección a otras neuronas (axón) (...). En las neuronas artificiales se distingue claramente la capa de entrada de información, la de procesamiento oculto y la de salida de esta con dirección a otras neuronas artificiales. Generalmente las conexiones se realizan entre neuronas de distintas capas, pero puede haber conexiones intra-capas o laterales y conexiones de realimentación que siguen un sentido contrario al de entrada-salida. Cada una de las neuronas artificiales cuenta con una memoria local capaz de albergar funciones que procesan la información recibida. Cuentan así mismo con una función de transferencia que permite que, en función de las entradas y la ejecución del código de la memoria, se produzca una salida y/o una alteración de la memoria local (reescritura de código). Como ellas mismas, en función de su propia experiencia, pueden reescribir el código de su memoria interna, su actuación en el entorno se vuelve impredecible. Nadie sabe de antemano cual va a ser la reescritura que las neuronas artificiales van a realizar al código de su memoria interna y por lo tanto nadie sabe cuál va a ser la concreta actuación de la máquina».

³⁷ .- TOMÁS MARTÍNEZ, G. "Puede un robot ser responsable por causar daños? Primeras reflexiones ante el nuevo reto europeo de innovación legal", *Culpa y responsabilidad*, AAVV, junio 2017, pág. 9.

componen, y es por ello que pueden obligarse válidamente en el tráfico jurídico. La persona jurídica como ente independiente no puede existir sin la existencia previa en ella misma de los seres humanos que le dan vida. En consecuencia, la única razón por la que gozan de personalidad jurídica es porque detrás de ellas están siempre las auténticas personas que las dirigen. Por otro lado, porque nada más peligroso para la humanidad que reconocer capacidad para obligarse jurídicamente por sí mismos, y por lo tanto, para tener al mismo tiempo derechos a sistemas inteligentes que pueden ser totalmente imprevisibles en su forma de actuar, pudiendo llegar a ocasionar graves y cuantiosos daños a los seres humanos. Así que lo más seguro y coherente, es atribuirles la categoría de «cosas». No presenta ningún impedimento y encaja perfectamente en el concepto de cosa el sistema de Inteligencia Artificial Fuerte, por los siguientes rasgos definidores: cosa es todo aquello que tiene entidad, ya sea corporal, natural, artificial, real o abstracta; susceptible de apropiación y de dominación patrimonial o económica por el ser humano; de naturaleza impersonal, y con individualidad propia y existencia unitaria³⁸.

Más allá de la declaración de principios en el ámbito de la Unión Europea, que a buen seguro inspirará las futuras e ineludibles reformas legislativas, son muchas las propuestas orientadas a crear los presupuestos necesarios para derivar responsabilidad jurídica a los robots, sin necesidad de construir una personalidad electrónica, en atención a los daños derivados de su defectuosa programación u originados por decisiones con cierto grado de emancipación y que son fruto del proceso de autoaprendizaje del que es capaz la máquina.

Cuando el robot produce un daño -argumenta NÚÑEZ ZORRILLA- al único sujeto al que puede imputársele la responsabilidad como sujeto en principio culpable, no es al robot, sino a la persona que tiene su titularidad. Ésta será siempre el verdadero sujeto imputable, al que el dañado deberá dirigir su acción, lo que no excluye posibilidad de que el agraviado pueda reclamar del agente material del daño (robot) un contenido concreto de la reparación, si ello es lo que más le satisface. Para determinar el sujeto al que debe exigírsele la responsabilidad en el ámbito de los daños causados por la IA, así como el fundamento o naturaleza de esta responsabilidad, nuestro ordenamiento, a día de hoy, contempla una respuesta que resulta totalmente insuficiente en todos los ámbitos, pudiéndose afirmar que existe una auténtica laguna.

La solución tendría que pasar por la creación de una normativa completamente nueva y distinta, en la que servirían de gran ayuda los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, más avanzados y

³⁸ .- NÚÑEZ ZORRILLA, C. “Los nuevos retos de la Unión Europea en la regulación de la responsabilidad civil por los daños causados por la inteligencia artificial”, Revista Española de Derecho Europeo, abril-junio 2018, págs. 29-30.

actualizados, en los que tiene cabida y está presente esta nueva realidad industrial. En lo que respecta a la responsabilidad del empresario que se sirve de robots inteligentes para el desempeño de su actividad profesional, ya se produzca el daño en el marco de una relación contractual con la víctima, o extracontractual, sería conveniente la elaboración de una normativa específica que también se apoyara en los mencionados principios, en la que se instaurase un criterio ampliamente objetivo de imputación de la responsabilidad basado en el riesgo anormal generado por la actividad empresarial, en el que el empresario viniese obligado a responder aun y cuando él mismo no hubiere tenido ninguna culpa en la producción del daño, siempre que éste haya sido consecuencia de una actuación incorrecta del robot. En este contexto, algunos de los requisitos que debe probar la víctima para dirigir su acción contra el empresario, como por ejemplo, el requisito de la relación de dependencia o subordinación que debe darse entre el auxiliar (robot) y el principal (empresario), o la noción misma de auxiliar, tendrían que flexibilizarse o reformularse para adaptarse a la realidad de este otro tipo de daños. También necesitarían de una nueva redefinición, tanto la acción para demandar al agente material del daño (robot), como la acción de regreso del empresario contra el dependiente (robot), que en el ámbito de la robótica son inexistentes, por la imposibilidad de atribuir la culpa a la máquina, y por la imposibilidad de que ésta pueda llegar a ser propietaria de un patrimonio. Por último, algo muy parecido sucede en el ámbito de la responsabilidad del usuario del robot, pues la única norma en la que podría tener apoyo esta responsabilidad (art. 1905 del Código Civil), también necesitaría de una profunda reelaboración para poder adaptar su aplicación a los nuevos riesgos sociales, siendo lo más coherente la configuración de una nueva regulación en la que se concreten los elementos definidores de la responsabilidad del usuario de la máquina³⁹.

En relación con el futuro previsible de una responsabilidad civil derivada de la proliferación de vehículos automatizados, HERNÁEZ ESTEBAN pone de manifiesto -y lo hace partiendo de la premisa de la necesidad de distinguir entre los distintos tipos de vehículos y de su grado de autonomía- las dificultades derivadas de la ausencia de un cuadro normativo específico, recomendado ya por la UE, y que hasta tanto se haga realidad, obliga a plantearse soluciones alternativas encaminadas, de modo singular, a la protección de la víctima. Son soluciones que, por definición, no son enteramente satisfactorias, pero que permiten hacer frente a un vacío legal que, más pronto que tarde, tendrá que ser abordado. Sin descartar la posibilidad de atribuir responsabilidad al vehículo propiamente dicho mediante un mecanismo de cobertura indemnizatoria cubierta por un seguro obligatorio, ofrece varias alternativas posibles, una vez analizada la inviabilidad de las fórmulas jurídicas hoy vigentes. De un lado, aun reconociendo que «*en un primer momento parezca una idea descabellada*» se podrían aplicar de forma analógica los arts. 1.903 y

³⁹ - NÚÑEZ ZORRILLA, C. "Los nuevos retos...", *op.cit.* págs. 29-30.

1.905 del Código Civil, es decir, se trataría de equiparar al usuario/operador del vehículo con el poseedor de un animal y al vehículo con el propio animal, o equiparar al propietario del vehículo robotizado con los padres de un menor y al vehículo con el menor. Las principales ventajas que esta solución proporciona se derivarían de la naturaleza objetiva de esa responsabilidad, en la que las causas de exoneración se restringen al máximo y que permiten, además, cubrir todos los daños⁴⁰.

Coincide en la necesidad de un seguro obligatorio que ofrezca cobertura indemnizatoria a los daños causados por el robot ITURMENDI MORALES, quien tras subrayar las dificultades derivadas de la ausencia de un marco jurídico adecuado, rechaza la idea de una responsabilidad de la máquina, que supondría «caer en la quimera» de atribuir responsabilidad a un ser inanimado o a un software, detrás de los cuales siempre existirá una persona susceptible de ser declarada responsable. En cualquier caso, se asume también la idea de que es indispensable la creación de un régimen de seguro obligatorio de responsabilidad civil para las nuevas tecnologías que utilizan los sistemas de IA, como ya se aplica en España a más de ochocientas actividades. Ante el posible déficit o falta de respuesta del mercado asegurador, dicho sistema podría completarse con un fondo que garantizara la reparación de daños en los casos de ausencia de una cobertura de seguro, en línea de la recomendación ofrecida por la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, destinada a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica⁴¹.

La entendible laguna legal que reina en la materia hace que muchas de estas soluciones se caractericen por su apuesta creativa. Es el caso de aquellos que comparan los actuales robots con los esclavos del derecho romano clásico, carentes ambos de verdadera libertad y racionalidad, y al

⁴⁰ .- HERNÁNDEZ ESTEBAN, E. “Inteligencia artificial y vehículos autónomos: el régimen de responsabilidad civil ante los nuevos retos tecnológicos», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 48/2018, págs. 28 y 29. Esta autora refuerza su argumentación acerca de las posibilidades que ofrece esa integración analógica subrayando que “*todo desarrollo trae consigo nuevos retos y la revolución a la que estamos asistiendo no es una excepción. Indudablemente, con la puesta en circulación de los vehículos se seguirán produciendo accidentes, pero se trata de una cuestión meramente estadística ya que incluso si la probabilidad de accidente fuera de un 0,001%, en 1 de cada 1000 trayectos con este tipo de vehículos se producirá algún daño. La seguridad total no existe y cualquier actividad lleva implícita la asunción de un riesgo, desde ir a hacer la compra a saltar en paracaídas. Sin embargo, en la medida en que en la actualidad el 90% de los accidentes tiene su origen en el factor humano –despistes, consumo de sustancias como el alcohol o drogas, exceso de velocidad– y que el empleo de los vehículos autónomos reduciría en ese porcentaje el nivel de accidentalidad, podría decirse que su implementación está más que justificada*”.

⁴¹ .- ITURMENDI MORALES, G. “Responsabilidad civil por el uso de sistemas de Inteligencia Artificial”, *Actualidad Civil*, núm. 11, noviembre 2020, págs. 11 y 18.

peculio de estos con la necesidad de dotar un seguro que cubra los posibles daños causados por aquellos⁴².

Es una idea muy extendida la convicción de que los robots son máquinas, son jurídicamente cosas, diversas de las personas humanas, carentes incluso de cualquier sustrato o atisbo personal que justifique la creación o ficción de una persona jurídica asociativa (acaso formada por sus creadores y los usuarios), ni corporativa (fundada en el interés general que subyace en la robótica). Pero -se pregunta CERDEIRA BRAZO- ¿acaso no cabría, como alternativa, personificar los robots, aun siendo cosas, como «*cosas personificadas*». Y se pregunta si el molde donde mejor encajaría tal personificación no sería a través de las Fundaciones, mediante una «*personalidad fundacional*», donde lo que artificial y ficticiamente se personifica es un patrimonio adscrito a un fin. La dotación patrimonial vendría integrada por el propio robot así como por el sistema doble o mixto de seguro obligatorio, que al principio habría de aportar el creador del robot, y que luego habría de incrementar el adquirente usuario del robot -no en vano, ya el art. 12 de la Ley española de Fundaciones permite que la dotación de patrimonio fundacional se haga con bienes del propio fundador o de terceros-. Habría, de este modo, a través de una figura actual y moderna, que cuenta con su propio régimen jurídico, y sin la necesidad de resucitar anacrónica e inconducentemente viejas fórmulas, una persona -también con un patrimonio responsable; quedarían, además, así exentos de cualquier responsabilidad patrimonial personal subsidiaria aquellos sujetos (fundador y usuario) y estaría así cubierta la responsabilidad del usuario como patrono por su negligencia en la posible causación de daños, hasta de los causados a la propia Fundación. No serían responsables ni el creador-fundador, ni el usuario, ni siquiera tampoco el robot en sí, sino la Fundación misma e íntegra con todo su patrimonio⁴³.

Sea como fuere, las dificultades para sostener, al menos en el actual estado de cosas, una personalidad jurídica robótica se derivan de los moldes conceptuales en los que esa propuesta tiene que encontrar engarce. Si caminamos hacia un modelo la responsabilidad puramente objetiva, en atención al daño causado, las dificultades se verían aliviadas, en la medida en que la atribución de responsabilidad podría hacerse directamente, bastando a tal efecto la constatación del daño y el proceso causal que lo hubiera desencadenado. Pero si la responsabilidad por esos daños adquiere una dimensión subjetiva exigiría como presupuesto la imputabilidad del robot. Y conforme a las categorías históricas la imputabilidad sólo es entendible a partir del reconocimiento de la personalidad jurídica y de la capacidad de obrar. Pero

⁴² .- cfr. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. "Entre personas y cosas: animales y robots", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 14, febrero 2021, págs. 36. También, ERCILLA GARCÍA, "Aproximación de una personalidad jurídica...", *op.cit.* págs. 6 y ss.

⁴³ .- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. "Entre personas y cosas...", *op.cit.*, págs. 44-46.

la personalidad jurídica se vincula necesariamente a la aptitud potencial para ser sujeto de derechos y obligaciones y esa cualidad no podría ser nunca predicable del robot. En palabras de NAVARRO MENDIZÁBAL «...no tenemos planteado en ningún debate en que sea posible un ente que tenga capacidad de obrar sin capacidad jurídica, porque no tendría ningún sentido: ¿qué derecho puede ejercitar un ente que no tiene derechos? Por mucha autonomía que un robot pudiera tener, esto no repercute ni un ápice en su mayor o menor capacidad jurídica». De admitir la personalidad jurídica del robot, habría que reconocerles la condición de titulares de un patrimonio. Probablemente el valor del robot constituiría el primero de los componentes de ese patrimonio. Así un robot «...sería a la vez sujeto del derecho de propiedad y objeto de su propio derecho de propiedad formando una especie de 'propiedad reflexiva'. En caso de insolvencia del robot, si no tuviera más patrimonio que sí mismo, el propio robot debería ser embargable de tal manera que de sus deudas respondería con su propio ser». El robot sería, por tanto, quien tendría legitimación pasiva para ser demandado⁴⁴.

4.- Responsabilidad civil extracontractual e inteligencia artificial a la vista de la propuesta de Directiva de 28 de septiembre de 2022

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), aprobada en Bruselas el 21 de abril de 2021, se dibuja como un ambicioso punto de partida para ofrecer un marco jurídico que afronte el desafío que puede implicar la generalizada utilización de la IA.

En la fecha en que escribo esta ponencia, después de agotadores trilogos en los que representantes del Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo trataron de superar las diferencias que impedían la aprobación definitiva de la propuesta de reglamento, todo apunta a que en los próximos meses contaremos con un texto definitivo. Los medios de comunicación hablan de un «*acuerdo histórico*» que, sin embargo, todavía no ha sido alumbrado.

Con anterioridad, la resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial, ya había expresado que «...*ciertos sistemas de IA presentan importantes retos jurídicos para el actual marco de responsabilidad civil y podrían dar lugar a situaciones en las que su opacidad podría hacer extremadamente costoso, o incluso imposible, determinar quién controlaba el riesgo asociado al sistema de IA o qué código, entrada o datos han provocado en última instancia el funcionamiento lesivo; que este factor podría dificultar la identificación de la relación entre el daño o perjuicio y el comportamiento que lo causa, con el*

⁴⁴ .- NAVARRO MENDIZABAL, *op.cit.* págs. 224 y 225.

resultado de que las víctimas podrían no recibir una indemnización adecuada» (considerando H).

Distanciándose de una visión rupturista que podría generar un perturbador espacio de inseguridad, se descartaba la necesidad de *«...una revisión completa de los regímenes de responsabilidad civil que funcionan bien, pero que, no obstante, la complejidad, la conectividad, la opacidad, la vulnerabilidad, la capacidad de ser modificados mediante actualizaciones, la capacidad de autoaprendizaje y la autonomía potencial de los sistemas de IA, así como la multitud de agentes involucrados representan un reto importante para la eficacia de las disposiciones del marco de responsabilidad civil de la Unión y nacional». De ahí la necesidad de «...realizar adaptaciones específicas y coordinadas de los regímenes de responsabilidad civil para evitar situaciones en las que personas que sufran un daño o un menoscabo a su patrimonio acaben sin indemnización».*

La propuesta de Directiva del Parlamento y el Consejo en materia de responsabilidad civil extracontractual, aprobada el 28 de septiembre de 2022, nace con el fin de adaptar las normas que rigen esta materia a los requerimientos impuestos por el generalizado uso de la IA.

De lo que se trata, al fin ya la cabo, es de evitar que la reclamación de daños vinculados causalmente al uso de la IA imponga al ciudadano una resignada espera impuesta por la complejidad probatoria para determinar el quién de esa responsabilidad. La justificada exigencia histórica de un comportamiento negligente por parte del autor tiene que ser modulada a la vista de nuevos dispositivos computarizados en cuya creación y funcionamiento han intervenido muchas personas. Los efectos derivados de la opacidad que es propia de la IA generan lo que ha sido llamado el *«efecto caja negra»*, que dificulta sobremanera el reto probatorio.

Como se expresa en el considerando 3 de la propuesta, *«...cuando la IA se interpone entre el acto u omisión de una persona y el daño, las características específicas de determinados sistemas de IA, como la opacidad, el comportamiento autónomo y la complejidad, pueden hacer excesivamente difícil, si no imposible, que el perjudicado satisfaga la carga de la prueba».*

Es indudable que ese proceso de adaptación puede generar espacios de inseguridad jurídica a la vista de la más que previsible dispersión interpretativa con la que los tribunales tratarán de dar una respuesta actualizada a un fenómeno más que novedoso. La inseguridad derivada de plurales marcos jurídicos que definen el derecho privado de cada Estado se hace todavía más visible cuando se trata del comercio transfronterizo, en el que las normas sobre responsabilidad por daños pueden presentar singularidades que dificulten esa reclamación.

La propuesta de Directiva apunta la necesidad de diferenciar la responsabilidad objetiva del productor por productos defectuosos -a la que nos hemos referido supra y que ha dado lugar a un proceso de adaptación de la directiva de 25 de julio de 1985- y la responsabilidad originada por culpa de cualquiera de los intervinientes en el proceso aplicativo de la IA. A esta última es a la que se refiere la nueva propuesta. De forma explícita lo refleja el considerando decimosegundo: *«...debe aclararse, por tanto, que las disposiciones de la presente Directiva no afectan a los derechos que el perjudicado pueda tener en virtud de las normas nacionales de transposición de la Directiva 85/374/CEE. Además, en el ámbito del transporte, el Derecho de la Unión que regula la responsabilidad de los transportistas no debe verse afectado por la presente directiva»*. Y así se establece en el art. 1.3.

Tampoco interfiere la propuesta con el Reglamento UE 2022/2065, 19 de octubre, relativo al mercado único de servicios digitales, que proporciona *«...un marco integral y plenamente armonizado respecto de las obligaciones de diligencia debida para la toma de decisiones algorítmica por parte de los prestadores de servicios de alojamiento de datos, incluida la exención de responsabilidad por la difusión de contenidos ilícitos cargados por los destinatarios de sus servicios cuando se cumplan las condiciones de dicho Reglamento»*.

En la exposición de motivos se reconoce la importancia de no irrumpir con nuevas disposiciones normativas en una materia que, por su novedad, aconseja dos velocidades distintas para alcanzar los objetivos propuestos. En la primera fase, *«...los objetivos se alcanzan con un enfoque mínimamente invasivo»*, limitado a las medidas relativas a la carga de la prueba. En una segunda etapa, se reevaluaría la conveniencia de *«...medidas más estrictas o amplias»*, que a la vista de la experiencia acumulada podrían aconsejar la imposición de seguros obligatorios y fórmulas extendidas de responsabilidad objetiva.

Los trabajos preparatorios de la propuesta han aconsejado excluir fórmulas probatorias basadas en presunciones *iuris et de iure*. Se ha optado por una opción que *«...aligera la carga de la prueba de manera muy específica y proporcionada mediante el uso de la exhibición y las presunciones refutables (iuris tantum)»*.

La Directiva no se aplica a la responsabilidad penal (art. 1.2.), pero puede resultar aplicable a la responsabilidad del Estado, en la medida en que las autoridades estatales también están cubiertas por las disposiciones de la Ley de IA como sujetos de las obligaciones que en ella se establecen. Se centra, por tanto, en las *«...demandas civiles de responsabilidad extracontractual por daños y perjuicios causados por un sistema de IA, cuando*

dichas demandas se interpongan en el marco de regímenes de responsabilidad subjetiva (por culpa). Esto se refiere, en particular, a los regímenes que establecen la responsabilidad legal de indemnizar los daños causados de forma deliberada o por un acto u omisión negligente». Y se encarga de definir el ámbito aplicativo, limitado preferentemente a la armonización de las normas sobre carga de la prueba: «... la presente Directiva no debe armonizar los aspectos generales de la responsabilidad civil que estén regulados de diferentes maneras por las normas nacionales de responsabilidad civil, como la definición de la culpa o la causalidad, los diferentes tipos de daños que dan lugar a demandas por daños y perjuicios, la distribución de la responsabilidad entre varios causantes de los daños, la concurrencia de culpas, el cálculo de los daños y perjuicios o los plazos de prescripción».

Tampoco aspira la propuesta a armonizar las legislaciones nacionales en lo que afecta a la parte sobre la que ha de recaer la carga de la prueba o «...el grado de certeza necesario para que haya fuerza probatoria» (art. 1.3.d). Pero sí establece dos presunciones refutables -presunciones *iuris tantum*- basadas, bien en el incumplimiento de las obligaciones impuestas a un proveedor o a un usuario, a partir de su negativa a exhibir la información necesaria para conocer el mecanismo de funcionamiento de un dispositivo de IA de alto riesgo, bien en lo que afecta al nexo causal entre la culpa del demandado y el resultado producido por el dispositivo de IA.

En este sentido, el art. 3 de la propuesta de Directiva exige de los Estados que arbitren los medios necesarios para que los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados para, en caso de negativa, obligar a los proveedores o usuarios de un sistema de IA de alto riesgo, del que se sospeche que ha causado daños, a ordenar la exhibición de las pruebas referidas al funcionamiento de ese sistema.

Esa petición dirigida a un órgano jurisdiccional deberá ya incorporar un principio de prueba que respalde la viabilidad de la demanda de indemnización de daños y perjuicios (art. 3.1) y acreditar que, con anterioridad a la solicitud, el peticionario ha realizado «...todos los intentos proporcionados de obtener del demandado las pruebas pertinentes». La resolución judicial que acuerde la exhibición de esas pruebas exigirá de los jueces ponderar los intereses legítimos de todas las partes, incluidos los terceros afectados, en particular cuando se trate de intereses protegidos por secretos comerciales o información confidencial, como la relacionada con la seguridad pública o nacional.

Del mismo modo, los Estados deberán garantizar que el demandado requerido para esa exhibición disponga de los recursos necesarios para dar respuesta a esas órdenes.

Pero cuando un demandado incumpla la orden de un órgano jurisdiccional nacional en una demanda por daños y perjuicios de exhibir o conservar las pruebas que obran en su poder, el órgano jurisdiccional nacional presumirá el incumplimiento por parte del demandado de un deber de diligencia pertinente, en particular en relación con los deberes que impone la fabricación, gestión y uso de los sistemas de IA de alto riesgo (cfr. art. 3.5 y 4.2 y 3).

También establece la propuesta de Directiva (art. 4) una presunción refutable de relación de causalidad en los daños causados por culpa o negligencia siempre que se cumplan las condiciones siguientes: a) que el demandante haya demostrado o el órgano jurisdiccional haya supuesto, de conformidad con el artículo 3, apartado 5, la culpa del demandado o de una persona de cuyo comportamiento sea responsable el demandado, consistente en el incumplimiento de un deber de diligencia establecido por el Derecho de la Unión o nacional destinado directamente a proteger frente a los daños que se hayan producido; b) que pueda considerarse razonablemente probable, basándose en las circunstancias del caso, que la culpa ha influido en los resultados producidos por el sistema de IA o en la no producción de resultados por parte del sistema de IA; c) que el demandante haya demostrado que la información de salida producida por el sistema de IA o la no producción de una información de salida por parte del sistema de IA causó los daños».

Las demandas por daños y perjuicios contra proveedores de sistemas de IA de alto riesgo, fabricantes, distribuidores, importadores, usuarios o terceros acomodan la vigencia de esa presunción *iuris tantum* al régimen singular que define el art. 4.2. En tales casos, la presunción acerca del nexo causal sólo opera cuando el demandante haya demostrado que el proveedor, el fabricante, el distribuidor, el importador, el usuario o un tercero, haya incumplido cualquiera de las obligaciones establecidas en la Ley de Inteligencia Artificial: a) el sistema de IA es un sistema que utiliza técnicas que implican el entrenamiento de modelos con datos y que no se ha desarrollado a partir de conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba que cumplen los criterios de calidad expuestos en el [artículo 10, apartados 2 a 4, de la Ley de IA]; b) el sistema de IA no ha sido diseñado ni desarrollado de modo que cumpla los requisitos de transparencia establecidos en [el artículo 13 de la Ley de IA]; c) el sistema de IA no ha sido diseñado ni desarrollado de modo que permita una vigilancia efectiva por personas físicas durante el período de utilización del sistema de IA de conformidad con el [artículo 14 de la Ley de IA]; d) el sistema de IA no ha sido diseñado ni desarrollado de modo que, a la luz de su finalidad prevista, alcance un nivel adecuado de precisión, solidez y ciberseguridad de conformidad con [el artículo 15 y el artículo 16, letra a), de la Ley de IA]; o e) no se han adoptado de forma inmediata las medidas correctoras necesarias para poner el sistema de IA en conformidad con las obligaciones establecidas en el [título III, capítulo 2, de la Ley de IA] o para

retirar del mercado o recuperar el sistema, según proceda, de conformidad con el [artículo 16, letra g), y artículo 21 de la Ley de IA]».

Aun así, tratándose de demandas por daños y perjuicios vinculados a un sistema de IA de alto riesgo, los órganos jurisdiccionales nacionales no aplicarán la presunción referida al nexo causal cuando el demandado demuestre que el demandante puede acceder razonablemente a pruebas y conocimientos especializados suficientes para demostrar el nexo causal del que deriva el daño (art. 4.4).

Y en el caso de las demandas por daños y perjuicios relacionadas con sistemas de IA que no sean de alto riesgo, la presunción solo se aplicará cuando el órgano jurisdiccional nacional considere excesivamente difícil para el demandante demostrar el referido nexo causal (art. 4.5).

Todo apunta a que el esfuerzo por acabar con la entendible anomia que está afectando a una materia tan volátil, que se resiste a ser encasillada en convencionales corsés normativos, necesitará todavía una procelosa andadura. La responsabilidad civil por daños derivados de la IA exigirá un tratamiento diferenciado -y esta idea está presente en todos los textos preparatorios- en función de la intensidad del riesgo que pueda asociarse a cada uno de los sistemas de IA. De ahí la importancia de que las previsiones del Reglamento de 2021, pendiente de su redacción definitiva, y las que integran la propuesta de Directiva de 2022, referida a la responsabilidad extracontractual, definan un cuadro jurídico coherente. De lo contrario, el triunfalismo de las autoridades europeas por haberse instalado en la vanguardia normativa en materia de IA podría dar pie a la frustración colectiva que acompaña a los proyectos inacabados.

5.- CONCLUSIONES

1.- La IA se ha abierto paso de forma irreversible en la actividad jurisdiccional. Su presencia va a aportar un valioso instrumento para todos los que, con uno u otro cometido, desarrollan su trabajo en la búsqueda de soluciones para los conflictos jurídicos. Su utilidad adquiere un significado distinto en función del espacio en el que cada profesional se desenvuelva.

El empleo de la IA para ofrecer respuestas decisorias que desplacen al juez humano y lo sustituyan por un juez robótico implica el incontrolado riesgo de convertir la verdad estadística, la simple verdad programada, en un quimérico instrumento para hacer realidad el valor constitucional «*justicia*».

2.- Si bien la IA está ya siendo aplicada en todos los órdenes jurisdiccionales, es en el ámbito civil donde urge dar respuesta al tratamiento jurídico de los daños ocasionados por el funcionamiento de un algoritmo que,

ya sea por su erróneo diseño, su deficiente programación o por no haber sabido reaccionar ante un supuesto no programado, plantea importantes incógnitas para su reparación desde las categorías históricas de la responsabilidad civil.

3.- Los trabajos de la Unión Europea para uniformar la respuesta de los distintos Estados frente a un problema compartido, si bien representan importantes avances respecto de la situación previa de extendida anomia, no caminan al ritmo que sería deseable. La frustración que representa haber desaprovechado el semestre de presidencia española para la definitiva aprobación del Reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial), aprobada en Bruselas el 21 de abril de 2021, es el mejor reflejo del peso que adquiere la divergencia de intereses cuando se trata de aprobar una resolución de alcance histórico.

La propuesta de Directiva del Parlamento y el Consejo en materia de responsabilidad civil extracontractual, aprobada el 28 de septiembre de 2022, ha aplazado la posibilidad de adoptar fórmulas de responsabilidad civil objetiva. El deseo de no precipitarse en la búsqueda de soluciones de vanguardia ha llevado a las instituciones con capacidad normativa a excluir presunciones *iuris et de iure* y a optar por presunciones refutables. El tiempo dirá si la generalizada utilización de dispositivos algorítmicos para realizar funciones hasta ahora asumidas por seres humanos puede convivir con fórmulas jurídicas que van a exigir al demandante un esfuerzo probatorio -todo lo aliviado que se quiera por el juego de las presunciones- sobre las causas, los efectos y la relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño robótico.