

Citare come: Diana-Urania Galetta, *Derechos y garantías concretas respecto del uso por los poderes públicos de decisiones automatizadas e Inteligencia Artificial: la importancia de las garantías en el procedimiento administrativo*, in L. Cotino Hueso, M. Bauzá Reilly (Ed), *Derechos y garantías ante la inteligencia artificial y las decisiones automatizadas*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022, España, ISBN: 978-84-1124-501-2 2022, pp. 181-203

Derechos y garantías concretas respecto del uso por los poderes públicos decisiones automatizadas- inteligencia artificial Dra. Diana Galetta, Catedrática Derecho Administrativo U. Milán (Italia)

Derechos y garantías concretas respecto del uso por los poderes públicos de decisiones automatizadas e Inteligencia Artificial: la importancia de las garantías en el procedimiento administrativo

DIANA-URANIA GALETTA

Profesor Titular (ordinario) de Derecho Administrativo y Derecho Administrativo Europeo, Università degli Studi di Milano

Director de CERIDAP (Centro Interdisciplinario de Investigación en Derecho de la Administración Pública)

SUMARIO: 1. Administraciones públicas y gobierno electrónico: notas introductorias.- 2. La digitalización de la administración pública: de los documentos a los “conjuntos de datos”.- 3. Data, big data y administraciones públicas: ¿Ante una administración pública 4.0? 4. Automatización y administración pública: ¿Inteligencia Artificial al servicio de la Administración Pública?- 5. ¿Automatización de las actividades internas y/o automatización de la decisión administrativa con relevancia externa? Los aspectos más problemáticos desde la perspectiva del jurista.- 6. Derechos y garantías en frente de las decisiones públicas automatizadas: observaciones finales.

PALABRAS CLAVE: Digitalización; Gobierno electrónico; Desmaterialización de los documentos; Indexabilidad de los archivos; Inteligencia Artificial; Big Data; Derecho a una buena administración; Procedimiento administrativo

1. Administraciones públicas y gobierno electrónico: notas introductorias

El de “gobierno electrónico” es ciertamente un concepto multipropósito. La única definición compartida en la doctrina es la muy genérica (e incluso un poco tautológica) de gobierno electrónico como “uso de las TIC por parte del gobierno para fines de gobernanza”¹.

Por ser más concretos, se habla de Gobierno electrónico (E-Government) para referirse a todos aquellos procesos de reorganización de la Administración Pública y de sus actividades que apuntan a desarrollar servicios administrativos utilizando una variedad de herramientas electrónicas destinadas a aumentar la eficiencia del sector público².

Las instituciones de la UE también se expresan en este sentido; y, en particular, la Comisión Europea que, ya en su comunicación de 2010,

¹ “E-Government as the use of TICs by government for purpose of governance”. ROMAN A.V., *Realizing E-Government: Delineating Implementation Challenges and Defining Success*, en E.F. HALPIN, D. GRIFFIN e.a. (Dir.), *Digital Public Administration and E-Government in Developing Nations: Policy and Practice*, United States (Idea Group), 2014, p. 114. Ver también EIFERT, F., *Electronic Government*, Baden Baden, 2006.

² Ver más amplio en GALETTA, D.U. (2019), *Open-Government, open-data e Azione Amministrativa*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019/3, p. 663 y ss.

especificaba expresamente que “En un momento en que los recursos públicos se ven severamente limitados, las TIC pueden ayudar al sector público a crear formas innovadoras de prestar sus servicios a los ciudadanos, al tiempo que potencian la eficiencia y contienen los costes”³.

Y que luego reafirma el concepto en la Comunicación de 2016 sobre el Plan de acción de la UE para la administración electrónica 2016-2020, en el cual la Comisión Europea precisa que “la administración electrónica simplifica los procesos administrativos, mejora la calidad de los servicios y aumenta la eficiencia interna del sector público”; y que “Los planes de acción sobre administración electrónica han constituido instrumentos políticos pensados para avanzar en la modernización de las administraciones públicas en toda la Unión Europea”⁴.

En este sentido, la idea del gobierno electrónico está conectada, esencialmente, a la difusión progresiva de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). La idea básica es que la posibilidad que ofrecen las TIC para acelerar los procesos de comunicación y compartir información electrónicamente, cuando se aplica al sector público, puede producir resultados positivos inmediatos: sobre todo en términos de reducir la burocracia excesiva de la máquina administrativa y de garantizar una mayor eficiencia de la misma. Esto, por supuesto, desde una perspectiva *weberiana* de la administración pública: es decir de una administración pública interpretada esencialmente como una “jerarquía burocrática, que lleva a cabo sus actividades de manera objetiva, precisa, ‘sin alma’ como cualquier máquina”⁵.

En verdad, todavía, no hay nada automático en la actividad de la Administración pública; ni, tampoco, puede serlo crear una administración digital. La creación de servicios de gobierno electrónico requiere una intensa sinergia entre diferentes sectores y actores públicos, proveedores de servicios y soportes tecnológicos, usuarios intermedios y usuarios finales.

2. La digitalización de la administración pública: de los documentos a los “conjuntos de datos”

Por cierto, las administraciones públicas siempre se han enfrentado al problema de gestionar y almacenar la información que poseen y los documentos que resultan del ejercicio de sus funciones.

En un contexto de solo “papel”, a estas necesidades se respondía, de un lado, a través de las normas sobre el procedimiento administrativo y, al otro lado, a través de los principios de la archivística (o gestión de documentos): la recopilación en archivos, la catalogación y la conservación correcta de los

³ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, Plan de Acción Europeo sobre Administración Electrónica 2011-2015, *Aprovechamiento de las TIC para promover una administración pública inteligente, sostenible e innovadora*, Doc. SEC(2010) 1539 final.

⁴ Comisión europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, *Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020. Acelerar la transformación digital de la administración*, Doc. COM(2016) 179 final. V. también la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de mayo de 2017, sobre el Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020 (2016/2273(INI)). Versión electrónica: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0205_ES.html.

⁵ “*Eine Beamtenhierarchie (...), die diese Dinge sachlich, präzise, «seelenlos» erledigt, wie jede Maschine*”. WEBER M., «Debate und Reden auf der Tagung des Vereins für Sozialpolitik in Wien 1909 zu den Verhandlungen über „Die wirtschaftlichen Unternehmungen der Gemeinden“», en M. WEBER, *Gesammelte Aufsätze zur Soziologie und Sozialpolitik*, Tübingen, p. 413.

documentos seguían entonces la disciplina específica relacionada con la redacción de documentos administrativos.

En un contexto de administración digital, todo esto cambia. El primer paso es, todavía, la desmaterialización de los documentos⁶: la cual se identifica con la pérdida progresiva de consistencia física de los archivos tradicionales de documentos en papel que pertenecen a la Administración Pública y, como consecuencia, con el crecimiento progresivo en el uso de documentos electrónicos, así como de archivos electrónicos.

La desmaterialización se considera como una herramienta fundamental para mejorar la eficiencia y el control de los documentos, el intercambio fácil de documentos y datos, la conservación y seguridad de la información, ahorrando tiempo y recursos. Los archivos digitales se consideran mucho mejores que los archivos de documentos en papel: porque ocupan menos espacio, pueden recuperarse y copiarse fácilmente, y pueden extraerse contenido mucho más eficientemente que de los registros en papel⁷.

Todavía, la desmaterialización de los archivos en papel frecuentemente se realiza escaneando documentos en papel que, por lo tanto, se convierten en archivos pdf no indexables. Mientras que, para permitir la usabilidad real de la información contenida en los documentos, la indexabilidad de los archivos es sin duda un paso esencial⁸.

En un contexto verdaderamente digital⁹, en el cual la Administración Pública produce documentos auténticamente digitales (que no son el mero escaneo de documentos en papel), la información dispersa en archivos físicos separados se transforma en información organizada por medio de computadoras electrónicas¹⁰. Así que lo que antes era un “documento” se convierte en un conjunto de datos que se pueden separar entre sí y que se pueden reorganizar y recopilar en diferentes bases de datos e independientemente de su documento de referencia.

En esta perspectiva, el documento en sí mismo no pierde importancia. Pero resulta necesario realizarse una transición de la lógica de los documentos a la de los datos, para comprender los resultados que la aplicación de la informática y la tecnología de la información a los datos pueden desencadenar en el ejercicio de la función administrativa.

⁶ Ver más amplio en MASUCCI, A. *L'atto amministrativo informatico*, Napoli, 1993; MASUCCI, A. «Il documento informatico. Profili ricostruttivi della nozione e della disciplina», *Rivista di diritto civile*, 2004, n. 5, p. 749 y ss.

⁷ Ver todavía BEARMAN, D., «Reality and Chimeras in the Preservation of Electronic Records», *D-Lib Magazine*, 1999, Vol. 5, No. 4. Versión electrónica: <http://www.dlib.org/dlib/april99/bearman/04bearman.html>; DWIVEDI, P., «Archive – where it started and the problems of perpetuity», *Proceedings of the Eighteen IEEE Symposium on mass storage systems and technologies*, 2001, p. 353 y ss. Versión electrónica: <http://storageconference.us/2001/papers/p10dwive.pdf>

⁸ Ver más amplio en GALETTA, D.U. «Information and Communication Technology and Public Administration: through the Looking-Glass», en GALETTA, D.U y ZILLER J. (Dir.), *Information and Communication Technologies Challenging Public Law, beyond Data Protection*, Actas del 12º congreso anual de la Societas Iuris Publicae Europaei (SIPE), Baden-Baden, 2018, p. 119 y ss.

⁹ Ver DENKHAUS, W., «Vom E-Government zur Digitalisierung», en SECKELMANN M. (Ed.), *Digitalisierte Verwaltung. Vernetztes E-Government*, Berlin, 2019, p. 51 y ss.

¹⁰ Para un análisis de los problemas relacionados ver por ejemplo BOYDENS, I, *La conservation numérique des données de gestion (Numéro spécial “Archivage et pérennisation”)*, vol. 8, no. 2, Paris, 2004, p. 13 y ss.

En otras palabras, hablar de gobierno electrónico no implica trivialmente abandonar el papel y las herramientas tradicionales y reemplazarlos por las TIC. Como se especifica explícitamente en el Plan de Acción de Administración Electrónica de la UE 2016-2020, para lograr una digitalización efectiva, las administraciones públicas deberían “transformar su gestión interna, replantearse y rediseñar los servicios y los procedimientos existentes”¹¹.

Esto implica consecuencias sistemáticas (técnicas) y regulatorias y pone de manifiesto nuevas funciones dentro de la administración pública. En realidad, aquí se identifica nada menos que una nueva función administrativa: dirigida a organizar, usar y administrar datos (o, simplemente, la “función administrativa de datos”), que resulta ser un nuevo y central componente de los poderes de organización pública¹². Con toda una serie de implicaciones: también porque, como lo señalan claramente los documentos de la Unión Europea, la información del sector público “presenta un considerable potencial económico”¹³.

En la reciente Directiva 2019/1024 relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público se precisa exactamente que “El sector público de los Estados miembros recoge, produce, reproduce y difunde una amplia gama de información en numerosos ámbitos de actividad, como el social, político, económico, jurídico, geográfico, medioambiental, meteorológico, sísmico, turístico, empresarial, educativo y de las patentes. Los documentos elaborados por los organismos del sector público de carácter ejecutivo, legislativo o judicial constituyen un conjunto amplio, diverso y valioso de recursos”¹⁴.

3. Data, big data y administraciones públicas: ¿Hacia una administración pública 4.0?

3.1. El concepto de “Big Data” se refiere a un gran conjunto de datos, estructurados, semiestructurados y no estructurados, atribuibles a diferentes fuentes y que fluyen con tal velocidad que las herramientas tradicionales de conservación y procesamiento de datos son obsoletas.

Por ejemplo, los datos que provienen de todo tipo de sensores y detectores técnicos y científicos son “Big Data”; los datos de la web también: páginas HTML, redes sociales, blogs, foros, documentos en varios formatos (PDF, Word, Excel, etc.); también lo son los datos geográficos y de ubicación procesados por el Sistema de Información Geográfica (SIG).

Como ha precisado la doctrina, uno de los elementos que caracterizan la lógica subyacente a los “Big Data” es su efectividad predictiva: la posibilidad de cruzar y procesar una cantidad tan grande de datos en tiempo real le permite

¹¹ V. Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020. *Acelerar la transformación digital de la administración*, Doc. COM(2016) 179 final cit., párrafo 3.1.

¹² CARULLO, G., *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, 2017, p. 36.

¹³ Comisión europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, *eEurope 2002: creación de un marco comunitario para la explotación de la información del sector público*, Doc. COM(2001) 607 final, p. 3. Sobre el potencial económicos de los datos ver también Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Una Estrategia Europea de Datos*, Bruselas, 19.2.2020, Doc. COM(2020) 66 final.

¹⁴ Directiva (UE) 2019/1024 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público, OJ L 17 de 26.06.2019, p. 56 y ss., considerando 8.

hacer pronósticos ampliamente confiables, precisamente porque son el resultado del uso de información tan vasto y tan variado. Entonces, un elemento que sale claramente a la luz en relación con el fenómeno de los “Big Data” es cuán relevante es hoy en día poseer, administrar y utilizar grandes cantidades de datos e información.

El lado luminoso de este fenómeno lo pone bien en evidencia la Unión Europea cuando señala que “El empleo inteligente de los datos, incluido su tratamiento a través de aplicaciones de inteligencia artificial, puede tener un efecto transformador en todos los sectores de la economía”¹⁵.

Todavía hay también un lado oscuro, que consiste en la influencia masiva que pueden ejercer sobre la sociedad y el estado de derecho aquellos sujetos (públicos y / o privados) que poseen estos datos e información¹⁶.

Dadas estas premisas, está claro que los “Big Data” forman parte de los nuevos elementos de la Administración 4.0: utilizando las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación - que permiten detectarlas en tiempo real desde los diversos canales que poseen - las administraciones públicas pueden obtener una enorme cantidad de información; y así pueden guiar mejor el ejercicio de sus funciones¹⁷.

3.2. Si los datos y la información son la base de las decisiones tomadas por cualquier persona, más aún cuando se trata de decisiones tomadas por las administraciones públicas.

Por ejemplo, en Italia es la misma Ley 241/90 sobre el procedimiento administrativo¹⁸ que requiere que las Administraciones Públicas basen sus decisiones solo en aquellos datos e información recopilada en la llamada fase preliminar/de instrucción del procedimiento administrativo; y que luego estos fluyen en la decisión administrativa que, a su vez, siempre debe estar adecuadamente motivada sobre la base de los resultados de fase preliminar/de instrucción del procedimiento administrativo (art. 3 L. 241/90).

Este es también el significado último de las disposiciones del art. 41 de la Carta de Derechos de la Unión Europea sobre el “Derecho a una buena administración”, bajo el cual “1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente; b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional

¹⁵ Directiva (UE) 2019/1024 cit., considerando 9.

¹⁶ Ver MAYER SCHÖNBERGER, V. y CUKIER, K., *Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think*, London, 2013, *passim*; FALCONE, M., «Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017/3, p. 601 y ss.

¹⁷ GALETTA, D.U. y CORVALÁN, J. G., «Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto», *Federalismi.it*, 6 febrero 2019, p. 1 y ss. Versión electrónica: <http://www.federalismi.it>. Ver también GALETTA, D.U. (2019), *Open-Government, open-data e Azione Amministrativa* cit., p. 663 y ss.

¹⁸ Ley 7 de agosto de 1990, n. 241, Nuevas normas sobre procedimiento administrativo y derecho de acceso a documentos administrativos, Gazzetta Ufficiale n. 192 de 18.08.1990. Versión electrónica: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1990-08-07;241!vig>

y comercial; c) la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones”.

Disposiciones de contenido similar se buscan en la mayoría de los Estados miembros de la UE y también fuera de Europa; y todas destacan claramente la importancia de los datos y de la información para las decisiones (individuales, pero también de política pública) por parte de las administraciones públicas¹⁹.

Esto destaca claramente la importancia, también en este contexto, del fenómeno de los "Big Data": que, después de su afirmación en el sector privado, está emergiendo, y con prepotencia, también en el sector público.

Se trata de un fenómeno que, sin duda, debe investigarse adecuadamente en la medida en que ya está influyendo masivamente en el proceso de toma de decisiones, en la acción y en la organización de las administraciones públicas.

Para dar solo algunos ejemplos breves, un primer uso de Big Data por parte de las administraciones públicas está conectado a su función de control; un ejemplo típico es la operación de verificación de la declaración de impuestos que se lleva a cabo de la administración financiera y que ahora lo hace (¡por cierto en Italia, pero no solamente en Italia!) utilizando el método llamado “inductivo”: es decir, que se basa en datos e información recolectados de varias fuentes e independientemente de los registros contables.

Las administraciones públicas recurren también al “Big data” para el ejercicio de su función reguladora: es decir, para monitorear el territorio y para monitorear el impacto de las decisiones tomadas en los ciudadanos.

Las administraciones públicas también usan “Big data” para aumentar la eficiencia de los servicios públicos: la información sobre los hábitos, intereses, comportamientos y preferencias de los ciudadanos también se convierte en la base para repensar los servicios que se ofrecerán a los ciudadanos. Por ejemplo, los servicios de transporte público se basan cada vez más en los datos recopilados de diversas fuentes con respecto a las necesidades y al uso real de los usuarios.

En esencia, los “Big data” están revolucionando la función de información de las administraciones públicas y abriendo nuevos escenarios desde el punto de vista interno de las administraciones públicas y de sus decisiones organizativas. También, pero, están abriendo nuevos escenarios desde el punto de vista externo, de la relación con el ciudadano: con quien se establece una relación de conocimiento más profunda y que influye profundamente en el proceso de toma de decisiones de las administraciones públicas.

Entonces, si la información es por cierto uno de los activos más importantes de la Administración Pública, gracias a las TIC estamos a punto de escribir una nueva página en la historia del poder público²⁰: porque - como se señala en la doctrina - “la historia del régimen y empleo de los documentos y expedientes por la Administración es, al fin y al cabo, la historia del poder del Estado, tal y como lo entendemos”²¹.

4. Automatización y administración pública: ¿Inteligencia Artificial al servicio de la Administración Pública?

¹⁹ Ver los diferentes capítulos en AUBY, J-B., (Dir.), *Droit comparé de la procédure administrative - Comparative Law of Administrative Procedure*, Bruxelles, 2016.

²⁰ Ver sobre este punto también la Comunicación de 19.2.2020, Doc. COM(2020) 66 final cit.

²¹ RIVERO ORTEGA, R., *El expediente administrativo. De los legajos a los soportes electrónico*, 2ª ed., Pamplona, 2008, p. 41.

4.1. Si -como lo hemos dicho- el “Big data” están revolucionando la función de información de las administraciones públicas, al mismo tiempo el gobierno de datos es el *oxígeno* de la automatización y la base misma para la aplicación de todos los sistemas de Inteligencia Artificial.

Los llamados “sistemas de Inteligencia Artificial” utilizan computadoras, algoritmos y diversas técnicas para procesar información y resolver problemas o tomar decisiones que anteriormente solo podían ser tomadas por inteligencia natural.

Dado que son capaces de procesar una gran cantidad de datos en tiempo casi real, los sistemas de inteligencia artificial son adecuados, mucho más que un ser humano equipado con mera “inteligencia natural”, para obtener resultados que le permitan tener una visión clara del contexto de toma de decisiones²².

Entonces, si observamos la actividad de las administraciones públicas, está claro que todas estas innovaciones pueden proporcionar herramientas muy útiles para apoyar las actividades de las administraciones públicas; y que, por lo tanto, podríamos encontrarnos frente a un hito en el desarrollo del sector público.

De hecho, podría iniciarse un proceso de gestión de datos e información de las Administraciones Públicas para automatizar el proceso de toma de decisiones, aplicando Inteligencia Artificial a vastas áreas de actividades rutinarias, repetitivas y estandarizadas.

Sin embargo, este proceso, además de su enorme potencial, también tiene altos costos²³. Costos que no están tan vinculados a la necesidad de desarrollar sistemas de inteligencia artificial que sean adecuados para el uso de las administraciones públicas: (¡porque esos no que no serían costos tan altos, en realidad!). Los costos están más bien relacionados, en primer lugar, con la desmaterialización de los documentos administrativos. Y, luego, con la preparación de condiciones de interoperabilidad entre las administraciones públicas: problema al que se refiere expresamente, por ejemplo, el Código de la Administración digital italiano²⁴.

Como bien se ha señalado “Una mala regulación de esta materia implicaría serios problemas de comunicación entre los particulares y la Administración, y de esta con los ciudadanos y los otros poderes. Incluye la posibilidad de no recuperar y conservar documentos electrónicos a lo largo de su ciclo de vida”²⁵.

²² Como señala, AIRO-FARULLA, G., «Reasonableness, rationality and proportionality», en GROVES, M. y LEE, H.P. (Dir.), *Australian Administrative Law: Fundamentals, Principles and Doctrines*, Cambridge, 2007, p. 223, “decision makers are only human, so their capacity to process large amounts of information is naturally limited. Getting more and more information may not actually lead to any greater clarity if it simply overwhelms the decision maker’s ability to ‘hold it all together’”. (Quienes toman las decisiones son solo humanos, por lo que su capacidad para procesar grandes cantidades de información es naturalmente limitada. Obtener más y más información puede en realidad no conducir a una mayor claridad si simplemente abruma la capacidad del tomador de decisiones para mantener ‘todo junto’”).

²³ Una opinión parcialmente diferente MARTINI, M., «Transformation der Verwaltung durch Digitalisierung», *Die Öffentliche Verwaltung*, 2017, p. 443 y ss., que señala que la digitalización le parece, de verdad, como una de las mejores formas de reducir los costos de la burocracia.

²⁴ Decreto Legislativo 7 de marzo de 2005, n. 82, versión actualizada el 18.12.2018. Versión electrónica: <https://docs.italia.it/media/pdf/codice-ministrativo-digitale-docs/v2013-06-21/codice-ministrativo-digitale-docs.pdf>.

²⁵ SÁ ZEICHEN, G., «Documento digital y función administrativa. Una aproximación al régimen jurídico del sistema de gestión de documentos administrativos en la Argentina», *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2018, 96/I, p. 202.

A estos gastos deben agregarse también los gastos relacionados con el proceso de reorganización de las oficinas administrativas que puede ser necesario en un “entorno administrativo” automatizado. Además de los gastos (¡totalmente inevitables, en mi opinión!) necesarios para una adecuada formación de los funcionarios administrativos sobre el uso de las nuevas tecnologías. Es decir, que la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación en las administraciones públicas tiene que ser asociada a “cambios en la organización y nuevas aptitudes del personal”²⁶.

4.2. A pesar de todo lo que se ha dicho en el precedente párrafo, es cierto que la introducción de sistemas de Inteligencia Artificial en la referida actividad de “back-office” de las Administraciones Públicas ciertamente permitiría automatizar actividades de investigación preliminar que actualmente requieren muchos (y costosos) pasos internos, entre diferentes administraciones públicas, en la fase preliminar del procedimiento administrativo.

Es decir, que la introducción de sistemas de Inteligencia Artificial como herramientas de soporte en la fase preliminar del procedimiento administrativo conduciría a una racionalización evidente y a una aceleración general de la actividad administrativa, con una consecuente mejora de la eficiencia general de la máquina burocrático-administrativa.

A este respecto, sin embargo, también es necesario observar que, si bien es cierto que ciertas actividades de gestión de información y datos pueden estandarizarse fácilmente, existen otras con respecto a las cuales la complejidad de la actividad preliminar que se lleva a cabo hace que sea difícil, si no imposible, comenzar un proceso de verdadera automatización²⁷.

4.3 Además de intentar usarlos en la fase preliminar del procedimiento administrativo, en muchos países (Estados Unidos, Australia, Argentina, Alemania, España, Italia, etc.), las Administraciones Públicas ya han empezado a utilizar sistemas de Inteligencia Artificial también en la fase de toma de decisiones; y, en particular, en relación con la actividad administrativa llamada “vinculada”: es decir, cuando no hay ninguna discrecionalidad administrativa.

Pero, para tomar el ejemplo de Italia que conozco bien, incluso si se acepta que la decisión administrativa vinculada exista realmente (¡y esto no es para nada obvio!), desde el punto de vista del Derecho positivo el art. 3-bis de la Ley 241/90 sobre el procedimiento administrativo (introducido en 2005 y recientemente modificado)²⁸ se refiere expresamente al uso de la telemática por parte de las administraciones públicas en las relaciones internas entre ellas y con particulares, “para lograr una mayor eficiencia en su actividad”: ¡y, por lo tanto, solo en la fase de investigación preliminar del procedimiento!

Todavía, incluso antes de abordar la cuestión desde el punto de vista del jurista, es necesario aclarar el nivel técnico-informático, dado que hay mucha confusión sobre estos asuntos. Comenzamos entonces especificando que, cuando se habla de automatización, sería necesario ante todo precisar de qué

²⁶ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ S., *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, Navarra, 2008, p. 147.

²⁷ Ver en los próximos párrafos.

²⁸ El art. 3-bis de la ley 241 Ley 7 de agosto de 1990, n. 241 (cit. *supra*, nota n. 18), ha sido modificado con el Decreto-Ley 16 julio 2020, n. 76 (Decreto Simplificaciones) convertido con modificaciones en Ley 11.09.2020 n. 120, y en su versión actual prevé que “Para lograr una mayor eficiencia en sus actividades, las administraciones públicas actúan mediante instrumentos informáticos y telemáticos, en las relaciones internas, entre las distintas administraciones y y entre éstas y los particulares”.

tipo de automatización estamos hablando: si se trata de una automatización completa, esta sería la hipótesis en la que los algoritmos conecten datos e información con documentos de manera automática. Para hacerlo, se deberían utilizar sistemas de Inteligencia Artificial basados en reglas (más conocidos como “sistemas expertos”) para producir el documento final que expresa la decisión administrativa: la cual, entonces, se generaría sin intervención humana.

Obviamente esto es el caso más controvertido y problemático.

La segunda hipótesis -teóricamente mucho menos problemática- es la de una automatización con intervención humana reducida. En este caso los funcionarios administrativos interactuarían con un sistema automatizado para finalizar la decisión administrativa: que entonces se generaría con la intervención humana. Cuando hablamos de intervención humana aquí, no nos referimos al proceso de diseño y entrenamientos del sistema (¡que siempre es necesario!), sino más bien a la intervención que se necesita para generar el documento una vez que se ha automatizado el procedimiento o proceso de generación de documentos.

La tercera hipótesis es la automatización más predicción. El aprendizaje automático es una técnica de Inteligencia Artificial que, en una explicación muy básica y rudimentaria, puede conceptualizarse del siguiente modo: uno o varios algoritmos relevan muchos datos a fin de establecer patrones que se traducen en predicciones, sobre la base de algún criterio estadístico²⁹.

Esta técnica, aplicada al sector público, podría ser muy útil cuando existen tendencias claras, jurisprudencia o actividad administrativa previa relativamente estable: entonces, en mi opinión, es esta la hipótesis más interesante. También porque no implica necesariamente una decisión automática del primer tipo: si se emplea la automatización más predicción solamente como herramienta de apoyo en la fase preliminar del procedimiento, en la que se instruye el expediente.

5. ¿Automatización de las actividades internas y/o automatización de la decisión administrativa con relevancia externa? Los aspectos más problemáticos desde la perspectiva del jurista

5.1. En este punto tengo todavía que declarar claramente mi posición como administrativista: desde la perspectiva de los derechos y garantías de los administrados - y a pesar de todos los aspectos positivos de la automatización de las actividades de la administración pública de que ya hemos hablado - me parece que se podría aceptar la idea de “automatizar la actividad administrativa” solamente si esta automatización se refiere a las actividades internas de las Administraciones Públicas (al llamado “back-office”); y que, por lo tanto, no consisten en la emisión de actos administrativos de relevancia externa.

Por lo tanto, rechazo totalmente la idea de una automatización de la decisión administrativa como tal, ya sea discrecional o vinculada. Es decir, que rechazo la idea de una decisión automatizada entendida como manifestación de la voluntad del organismo público al exterior, la cual afecta de una manera unilateral y autoritativa la esfera legal del destinatario.

Mi opinión es, entonces, que el uso de sistemas de Inteligencia Artificial es imaginable (y aceptable) únicamente con respecto a las fases preliminar del procedimiento administrativo. Es decir que, en mi sentido, se puede legítimamente implementar un proceso de automatización de las actividades de las administraciones públicas solamente para gestionar los datos y documentos

²⁹ Para más detalles ver, por ejemplo, HEUDIN, J-C., *Intelligence Artificielle. Manuel de survie*, Science-eBook, 2017, *passim*.

en los que se basan las decisiones humanas que conducen a tomar una decisión administrativa con relevancia externa.

Todavía, como ya lo hemos dicho, incluso con esta limitación existe el problema de que, si muchas de las actividades de gestión de información y datos llevadas a cabo por las Administraciones Públicas en la fase preliminar del procedimiento administrativo pueden estandarizarse fácilmente, hay algunas que son muy complejas. Así que la complejidad de la investigación preliminar hace de toda manera difícil iniciar un verdadero proceso de automatización incluso en esta fase preliminar. Pero, si se pretende iniciar un proceso de automatización y de aplicación de capas de innovación basadas en Inteligencia Artificial, es clave desarrollar, ante de todo, una adecuada gobernanza de datos, de donde se pueda deducir cómo ellos se conectan con documentos que reflejan decisiones humanas³⁰.

En este contexto, me parece útil referirse también al proyecto de Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea, lanzado por la Red de Investigación sobre el Derecho Administrativo de la UE, ReNEUAL³¹, a la cual yo misma pertenezco como miembro del comité de dirección.

Al redactar las “reglas modelo” de ReNEUAL³² no es casualidad que se dedicó una gran atención al uso de las TIC en el contexto del procedimiento ya en redactar las disposiciones del Libro III sobre el procedimiento para adoptar decisiones individuales; para luego centrarse específicamente, en el libro VI (gestión administrativa de información), en los problemas relacionados con el intercambio de información entre administraciones en las formas más complejas e integradas de intercambio de información y que operan normalmente sobre la base de sistemas informáticos³³.

5.2. Para comprender bien mi línea de razonamiento debe tenerse en cuenta un problema muy importante para los juristas y pero también para los politólogos: el problema de la relación entre decisión administrativa (algorítmica) y la obligación de motivación de la decisión administrativa³⁴.

Se trata del hecho de que, si hablar de decisión administrativa algorítmica significa referirse a la aplicación de la Inteligencia Artificial a la decisión pública, el problema crucial es que la Inteligencia Artificial no puede ofrecer una explicación detallada acerca de cómo se llega a un determinado resultado, o de cuáles son los factores que pondera para llegar a un determinado resultado³⁵.

Con respecto a la decisión administrativa algorítmica esto implica que, en principio, no puede establecerse cómo el algoritmo evalúa los datos y la

³⁰ Como lo especifica el último Libro Blanco de la Comisión Europea, la Inteligencia Artificial (IA) entraña una serie de riesgos potenciales, como por ejemplo la falta de transparencia en la adopción de decisiones. Ver el *White Paper on Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust*, Bruselas, 19.2.2020, Doc. COM(2020) 65 final, p. 2.

³¹ Ver ReNEUAL (Research Network on EU Administrative Law), <http://www.reneual.eu/>.

³² Ver el *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea*, Madrid, 2015. Versión electrónica: <http://www.reneual.eu/images/Home/codigoreneualdeprocedimientoadministrativodelaue.pdf>.

³³ El libro VI, sobre la gestión administrativa de información, se refiere a las administraciones de la UE y también a las administraciones nacionales cuando ejecuten el Derecho de la UE. Ver *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea* cit., p. 28.

³⁴ Ver, entre los más recientes, COUTURIER, M., CUSTOS, D., LARRALDE, J.M. (Dir.), «La motivation des actes administratifs. Le droit français à la lumière du droit administratif comparé», *Cahier de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, 2019, n. 17.

³⁵ Como se expone en el capítulo introductorio de esta obra de A. PALMA.

información que procesa, lo que genera el fenómeno llamado “caja negra”³⁶. De modo que - como cualquier administración pública tiene que poder justificar, motivar y explicar sus decisiones - aquí nos enfrentamos a un importante problema que está relacionado sobre todo con el llamado “aprendizaje automático”³⁷.

Parece que, técnicamente, es imposible trazar un sistema de Inteligencia Artificial de caja negra, basado en redes neuronales artificiales. Es decir, que es imposible establecer cómo el algoritmo de aprendizaje automático ha llegado a cierto resultado; o identificar cuáles son los factores precisos que condujeron a un resultado dado (“caja negra”, exactamente).

Si ese fuera el caso, no sería posible autorizar su uso por las administraciones públicas. Si no fuera el caso, debemos preguntarnos cómo podemos reinventar la obligación de motivar en este contexto.

En este sentido, el ejemplo del Derecho francés me parece muy interesante. Para ser legítima, la decisión administrativa automatizada debe cumplir con tres condiciones: debe mencionarse su adopción sobre la base de un algoritmo, cuyas características principales deben comunicarse al interesado. Como consecuencia, si el algoritmo utilizado se encuentra entre las hipótesis previstas por la ley que no permiten revelar sus características, la decisión no puede basarse únicamente sobre el algoritmo para ser legítima. En segundo lugar, la decisión debe poder ser impugnada, y la administración debe ser capaz de dar una razón que no se base solo en el algoritmo mismo y de informar a la jurisdicción sobre las características del algoritmo. Por último, la decisión no puede basarse solo en un algoritmo si los datos que procesa se encuentran dentro del tipo de datos sensibles a que se refiere el art. 8 (ahora modificado) de la Ley n° 78-17³⁸.

Entonces - y para concluir - está claro que, como ha sido bien señalado, “La IA sin duda puede usarse en el sector público para innovar y mejorar la eficiencia, la eficacia y los tiempos, así como especialmente la calidad técnica y jurídica de las actuaciones administrativas y la prestación de servicios públicos”³⁹. Todavía, al mismo tiempo me parece muy difícil permitir su uso sin exigir que las administraciones públicas cumplan adecuadamente su obligación de exponer la motivación de todos los actos adoptados: de tal manera que se pueda bien identificar y controlar los usos que ya están en marcha o que van a ser implantadas en un futuro inmediato.

³⁶ BARRAT, J., *Our Final Invention: Artificial Intelligence and the End of the Human Era*, New York, 2013, p. 92.

³⁷ Los algoritmos de “aprendizaje automático” no hacen más que encontrar la ecuación que resuelve un problema específico, basándose en algunos datos de ejemplo. Ver DOMINGOS, P., *The master algorithm: how the quest for the ultimate learning machine will remake our world*, New York, 2015, passim; PALMA MÉNDEZ, J.T. Y MARÍN MORALES, R., *Inteligencia artificial*, Madrid, 2011, p. 683;

³⁸ Decisión del Consejo Constitucional francés no. 2018-765 DC de 12 de junio de 2018, párrafo 70. Ver DECAUX, M., DUVAL, L., LABBAY, A., PENITOT, M., «Cronique de jurisprudence des droits numériques», *Cahier de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, 2019, n. 17, p. 230 y ss. Ver también AUBY, J.-B., « Le droit administratif face aux défis du numérique », *AJDA*, 2018, p. 835 y ss.

³⁹ COTINO HUESO, L., «Derecho y garantías ante el uso público y privado de inteligencia artificial, robótica y big data», en Bauzá Reilly M. (Dir.), *El Derecho de las TIC en Iberoamérica*, FIADI, Montevideo, 2019, p. 940 y s.

5.3. Para resumir, la cuestión del uso de la inteligencia artificial en el contexto de la administración pública depende, en mi sentido, esencialmente de tres factores. Es necesario, en primer lugar, que la decisión siempre sea adoptada por una persona física: el empleado público responsable del procedimiento que puede también garantizar un trabajo dinámico y colaborativo, para actualizar y optimizar continuamente la “inteligencia” del sistema⁴⁰. Es decir, no es “el sistema” el que pueda tomar la decisión de manera autónoma e independiente. Los sistemas de Inteligencia Artificial no pueden reemplazar las competencias del órgano. En cualquier caso, la imputabilidad jurídica del error (y de la decisión misma) debe referirse siempre al ser humano que es el titular del órgano de administración pública, porque el sistema de imputabilidad de las decisiones y la responsabilidad administrativa relacionada con esas no cambian con el uso de la automatización basada en Inteligencia Artificial.

Además de esto, en mi opinión es necesario también que los resultados de los procesos automatizados que permiten preparar la decisión administrativa sean supervisados y controlados siempre por las personas humanas: más concretamente por el empleado público responsable del procedimiento. Porque, objetivamente, aquí “no se trata de informatizar la burocracia ni la ineficiencia, sino de aprovechar la oportunidad de repensar la Administración y así tener un mejor Estado, al servicio de los ciudadanos”⁴¹.

En este sentido, estoy muy de acuerdo con el enfoque adoptado por la sección tercera del Tribunal Administrativo de la Región de Lazio (Italia) en una serie de decisiones de septiembre de 2018, relacionadas con órdenes de reubicación o asignaciones de profesores de escuelas públicas, adoptadas sobre la base de los resultados de la aplicación de un algoritmo⁴².

En sus decisiones el Tribunal Administrativo de Lazio explica que, incluso si alcanza su mayor grado de precisión e incluso de perfección, un sistema de Inteligencia Artificial nunca podrá suplantar, reemplazándola realmente, esa “actividad cognitiva, adquisitiva y de juicio que solo una investigación encomendada a un funcionario “persona física” puede realizar”⁴³. Y concluye por lo tanto que, para garantizar la observancia “de las garantías de participación, interlocución procesal, adquisición de las contribuciones colaborativas de los particulares y de los intereses involucrados en el procedimiento”, el funcionario administrativo “persona física” debe continuar siendo el domino del procedimiento. Así que los sistemas informáticos se colocan en una mera función de servicio. Una función instrumental y solamente auxiliar dentro del

⁴⁰ Ver más amplio en GALETTA, D.U., «Digitalización y transparencia: ¿un “responsable de la transparencia” y su “asistente digital” como herramientas del buen gobierno del futuro?», *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2018, 96/I, p. 159 y ss.

⁴¹ Sá Zeichen, G., «Documento digital y función administrativa. Una aproximación al régimen jurídico del sistema de gestión de documentos administrativos en la Argentina» cit., p. 206.

⁴² Más precisamente, se trataba de un litigio concerniente traslados de sedes y nuevas asignaciones de sedes a los docentes de escuelas públicas contratadas sobre la base del plan extraordinario de contratación mencionado en la Ley 13 julio 2015, n. 107, adoptada para reformar el sistema educativo nacional.

⁴³ Tar Lazio, Roma, sección III-bis, sentencia de 10.09.2018 n. 9224. Versión electrónica: <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

procedimiento administrativo y nunca dominante o sustituto de la actividad humana⁴⁴.

A esto se refiere también el Consejo de Estado italiano cuando se expresa a favor de “procedimientos robóticos” por los casos en los cuales se trataría solamente de hacer una “clasificación automática de instancias numerosas de acuerdo con reglas predeterminadas”⁴⁵. Porque en la decisión mencionada se habla de procedimientos robóticos dentro de los cuales deben sin embargo observarse “los principios que rigen el desarrollo de la actividad administrativa”⁴⁶.

Por lo tanto, también el Consejo de Estado italiano está de acuerdo con mi posición: es decir, que el problema aquí no es solo un problema de exactitud de la decisión final adoptada. Aunque se pudiera concluir que una decisión “automatizada” adoptada por un sistema de inteligencia artificial basado en algoritmos es más correcta en términos de cumplimiento de los datos y la información en la que se basa con respecto a una decisión basada en el reprocesamiento de estos datos e información por parte de la inteligencia natural del funcionario administrativo, el *modus decidendi* de la Administración Pública tiene relevancia también en términos legales: porque debe corresponder a los cánones del “buen procedimiento”.

Además, si nos referimos a los algoritmos de aprendizaje automático, el problema es que, en ciertos casos, se considera prácticamente imposible establecer cómo el algoritmo de aprendizaje automático ha logrado un cierto resultado; o identificar los factores precisos que condujeron a un resultado específico⁴⁷. Esto parece ciertamente problemático: dado que la Administración Pública siempre debe ser capaz de justificar, motivar y explicar adecuadamente sus decisiones. Es por eso que el Consejo de Estado italiano concluyó, en su decisión de abril de 2019, que el algoritmo debe considerarse en todos los aspectos como un “acto administrativo informatizado”, al que, por lo tanto, se aplican todos los principios que se aplican a los actos administrativos. Con la consecuencia, entre otras cosas, de que la regla algorítmica debe ser *no solo* reconocible en sí misma, sino también sujeta al pleno conocimiento y plena revisión judicial de la parte del juez administrativo⁴⁸.

5.4. También en lo que respecta al derecho de la Unión Europea, en relación con el problema de las decisiones automatizadas el Reglamento general de protección de datos (en adelante RGPD-UE)⁴⁹ establece expresamente (art. 22, apartado 1), que “Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una

⁴⁴ Tar Lazio, Roma, sección III-bis, sentencia 2018/9224 cit. Traducción propia. En el mismo sentido, ver Tar Lazio, Roma, sección III-bis, sentencias de 10.09.2018 de 9225 a 9230/2018; así como la decisión más reciente del 9 de noviembre de 2018, n. 10828. Versión electrónica: <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

⁴⁵ Consiglio di Stato, decisión de 08.04.2019, n. 2270, par. 8.1.

⁴⁶ Ver par. 8.2 de la decisión cit. en la nota precedente. Traducción propia.

⁴⁷ Ver HEUDIN, J-C., *Comprendre le Deep Learning. Une introduction aux réseaux de neurones*. Science-eBook, 2016, *passim*.

⁴⁸ Consiglio di Stato, decisión 2270/2019 cit., par. 8.4.

⁴⁹ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Versión electrónica: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=it>

decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado (...) que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar”. Todavía, el apartado 2 del mismo artículo especifica que “El apartado 1 no se aplicará si la decisión: (...) b) está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado”⁵⁰.

Entonces, de acuerdo con las disposiciones del RGPD-UE, el derecho a no ser sometido a una decisión basada únicamente en el procesamiento automatizado puede limitarse “en la medida en que sus disposiciones se correspondan con los derechos y obligaciones contemplados en los artículos 12 a 22⁵¹” del RGPD-UE mismo, y con la observancia de dos condiciones esenciales: 1) respecto del principio de legalidad (la decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento)⁵²; y 2) respecto del principio de proporcionalidad (“cuando tal limitación ... sea una medida necesaria y proporcionada en una sociedad democrática para salvaguardar” toda una serie de intereses públicos enumerados a continuación en el artículo 23 RGPD-UE)⁵³.

Sin embargo, la lista de los intereses públicos enumerados en el artículo 23 RGPD-UE es de tal magnitud que puede agotar, o casi, el alcance de las tareas realizadas por las Administraciones Públicas⁵⁴.

En cualquier caso, como lo especifica el RGPD-UE en el considerando 71, “dicho tratamiento debe estar sujeto a las garantías apropiadas, entre las que se deben incluir la información específica al interesado y el derecho a obtener intervención humana, a expresar su punto de vista, a recibir una explicación de la decisión tomada después de tal evaluación y a impugnar la decisión”.

La razón de esto, en nuestro caso específico, es muy simple: la Administración Pública debe ser capaz de justificar, motivar y siempre explicar adecuadamente sus decisiones de acuerdo con la disposición del artículo 41 de la Carta de

⁵⁰ Más amplio ver en COTINO HUESO, L., «Derecho y garantías ante el uso público y privado de inteligencia artificial, robótica y big data» cit., p. 931 y ss., que también contiene muchas referencias útiles de Derecho comparado.

⁵¹ Artículo 23, apartado 1, RGPD-UE

⁵² Artículo 22, apartado 2, lett. b), RGPD-UE.

⁵³ Artículo 23, apartado 1, RGPD-UE.

⁵⁴ Artículo 23, apartado 1, par. 2 RGPD-UE: “a) La seguridad del Estado; b) la defensa; c) la seguridad pública; d) la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales, incluida la protección frente a amenazas a la seguridad pública y su prevención; e) otros objetivos importantes de interés público general de la Unión o de un Estado miembro, en particular un interés económico o financiero importante de la Unión o de un Estado miembro, inclusive en los ámbitos fiscal, presupuestario y monetario, la sanidad pública y la seguridad social; f) la protección de la independencia judicial y de los procedimientos judiciales; g) la prevención, la investigación, la detección y el enjuiciamiento de infracciones de normas deontológicas en las profesiones reguladas; h) una función de supervisión, inspección o reglamentación vinculada, incluso ocasionalmente, con el ejercicio de la autoridad pública en los casos contemplados en las letras a) a e) y g); i) la protección del interesado o de los derechos y libertades de otros; j) la ejecución de demandas civiles”.

Derechos de la UE, sobre el derecho a una buena administración y con las normas correspondientes del derecho administrativo nacional⁵⁵.

6. Derechos y garantías en frente de las decisiones públicas automatizadas: observaciones finales

La evolución de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) ha producido un cambio monumental que se origina en dos grandes fenómenos: la mutación exponencial de las nociones de espacio y tiempo a partir del uso masivo de nuevas tecnologías de la información y de la comunicación; la transformación en la forma de procesar los datos y la información en muchas actividades que antes sólo podían ser realizadas por nuestros cerebros.

En estos escenarios disruptivos y vertiginosos, además de hacer frente a los desafíos que nos dejó el siglo XX, para las administraciones públicas se agregan los desafíos que provienen de la era digital y del desarrollo de la Inteligencia Artificial. De manera que, en pocas palabras, la evolución de las TIC supone una doble transición de la Administración Pública: de una “burocracia imprenta”, a una “burocracia digital” y, de ahí, a una “burocracia inteligente” en donde los sistemas de Inteligencia Artificial, facilitan, simplifican y aceleran exponencialmente interacciones y tareas⁵⁶.

Como se especifica expresamente, por ejemplo, el Código de Administración Digital de Italia, el uso de las TIC (y, en particular, de la Inteligencia Artificial) podría favorecer una mayor imparcialidad, así como el buen desempeño de la Administración Pública: así que, en última instancia, podría convertirse en un elemento que garantiza la efectividad de los derechos de los ciudadanos y las empresas.

Desde esta perspectiva, efectivamente se trataría casi de un deber, para la Administración Pública: de utilizar la Inteligencia Artificial para prestar servicios a los ciudadanos de manera más económica y más eficiente y para proporcionar un uso más eficiente del dinero público en cuanto posible, y en el sentido propio del principio del buen funcionamiento de los cargos públicos⁵⁷. Se trata, en efecto, de asegurarse de que la utilización de las nuevas tecnologías permite optimizar la efectividad de los derechos en general; y, en particular, garantizar un desarrollo sostenible e inclusivo que reduzca las brechas desiguales existentes en la sociedad⁵⁸.

Todavía, las investigaciones del Consejo de Europa muestran que un gran número de derechos fundamentales podrían verse afectados por el uso de la

⁵⁵ Como por ejemplo el art. 3 de la Ley italiana 241/90 sobre el procedimiento administrativo, Ley 7 de agosto de 1990, n. 241 cit. *supra*, nota n. 18. Por otras referencias ver Auby, J-B., (Dir.), *Droit comparé de la procédure administrative - Comparative Law of Administrative Procedure* cit.

⁵⁶ Ver CORVALÁN, J.G., «Hacia una administración pública digital», *Temas de derecho administrativo*, 2017, p. 621 y ss.; CORVALÁN, J.G., «Administración Pública digital e inteligente: transformaciones en la era de la inteligencia artificial», *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, 2017 (vol. 8 n. 2), p. 26 y ss.; también CORVALÁN, J.G., *Prometea. Inteligencia Artificial para transformar organizaciones públicas*, Buenos Aires, 2019, p. 18 y ss. Versión electrónica: https://dpicuantico.com/libros/prometea_oea.pdf

⁵⁷ Principio que por Italia está consagrado por el artículo 97 de la Constitución.

⁵⁸ En este momento ocurre más bien lo contrario, porque el acceso desigual a las tecnologías es a su vez un generador de desigualdades! Ver. DONATI, D., «Digital divide e promozione della diffusione delle ICT», en F. MERLONI, F. (Dir.), *Introduzione all'eGovernment: pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, Torino, 2005, p. 209 y ss. Ver también GALETTA, D.U. y CORVALÁN, J. G., «Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? cit., p. 6 y ss.

Inteligencia Artificial⁵⁹. Entonces, para asegurar que la automatización sea un elemento que garantiza la efectividad de los derechos de los ciudadanos y de las empresas frente a la actividad de la administración pública, me parece que es necesario, en primer lugar, que la automatización se refiere solamente a las *actividades internas* de las Administraciones Públicas: y no a los actos administrativos de relevancia externa.

En este sentido, me parece muy adapta la idea expresada por la Ley de procedimiento administrativo alemana, que se refiere a el acto administrativo escrito, que se emite *con la ayuda* de dispositivos automáticos⁶⁰.

En segundo lugar me parece que, incluso cuando se utilizan sistemas de Inteligencia Artificial en la fase preliminar del procedimiento administrativo (y entonces como soporte para la actividad administrativa, en la perspectiva alemana mencionada), siempre tienen que estar adecuadamente garantizados los principios relacionados con el derecho a una buena administración, ahora sancionado por el art. 41 de la Carta de Derechos de la Unión Europea: participación, acceso a los actos del procedimiento e interlocución procedimental, y obligo de motivación de una decisión final que necesariamente se basa en los resultados de una investigación preliminar, ya sea manual o automatizada.

En conclusión, no se trata de imaginar que “ ‘los algoritmos’ sean responsables de todo tipo de males en el mundo”⁶¹. Se trata más bien de tener claro que los algoritmos “piensan” de una manera diferente a nosotros: y, si su fortaleza es que pueden realizar muchos pasos aritméticos simples en el menor tiempo posible todavía, para hacerlo, necesitan entradas precisas y datos correctos.

Como los algoritmos funcionan de acuerdo con principios matemáticos y siempre producen el mismo resultado basado en la misma entrada, es fácil presentarlos como “objetivos”, como incorruptible. Pero incluso si sus cálculos pueden ser impersonales y geniales, alguien siempre los ha decidido: ya sea el programador o su utilizador⁶².

En conclusión, más allá de los problemas técnicos específicos, en términos de derecho (administrativo) es esencial definir, en primer lugar, qué espacio debe reservarse para la intervención humana en este contexto. Y si ciertamente hay una serie de principios generales que pueden (y deben) aplicarse de manera útil para acompañar la transición a la llamada Administración pública 4.0, en mi sentido el primero y más importante principio general es que, cuando los procesos de automatización se aplican en el contexto del sector público, siempre debe garantizarse la supervisión de los resultados por parte de un “funcionario persona física”.

Además, también con respecto al uso de sistemas de inteligencia artificial como soporte para la actividad administrativa, hay una serie de principios

⁵⁹ Ver Council of Europe study, *Algorithms and Human Rights. Study on the Human Rights Dimensions of Automated Data Processing Techniques (in particular Algorithms) and Possible Regulatory Implications*, Doc. DGI(2017)12. Versión electrónica: <https://rm.coe.int/algorithms-and-human-rights-en-rev/16807956b5>.

⁶⁰ *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)*, § 37 Bestimmtheit und Form des Verwaltungsaktes; Rechtsbehelfsbelehrung, párrafo 5: „Bei einem schriftlichen Verwaltungsakt, der mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassen wird (...)“.

⁶¹ Pensar esto, según DRÖSSER, sería “una especialidad alemana”. DRÖSSER, C., *Total berechenbar? Wenn Algorithmen für uns entscheiden*, München, 2016, p. 10 y ss.

⁶² DRÖSSER, C., *Total berechenbar?* cit., p. 10 y ss.

generales clásicos del derecho administrativo que están bien resumidos ahora en la disposición del art. 41 de la Carta de Derechos de la UE: ¡y cuya observancia siempre debe garantizarse!

A estos principios “clásicos”, en caso de uso de sistemas de Inteligencia Artificial se agregan también los siguientes principios⁶³:

A) *Transparencia algorítmica*: la Inteligencia Artificial debe ser transparente en sus decisiones, lo que significa que se pueda inferir o deducir una “explicación entendible” acerca de los criterios en que se basa para arribar a una determinada conclusión, sugerencia o resultado.

B) *Trazabilidad algorítmica*: una Inteligencia Artificial basada en un enfoque de derechos humanos debe poder explicar, paso a paso, las operaciones técnicas que realiza desde el inicio hasta el fin de un proceso determinado.

C) *Máximo acceso algorítmico*: es decir, garantizar el máximo acceso al sistema de procesamiento de información que esas tecnologías realizan.

D) *No discriminación algorítmica*: el diseño y/o implementación de los algoritmos inteligentes deben respetar el principio de no discriminación, que consiste en impedir que los sistemas de Inteligencia Artificial procesen la información o los datos bajo sesgos o distinciones frente a los seres humanos, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social⁶⁴.

Por lo tanto, si es innegable que la Administración 4.0, la que hace uso de las TIC, es una Administración Pública con un enorme potencial⁶⁵, también es necesario tener en cuenta todos los problemas que he expresado hasta ahora y que implican la adopción de precauciones muy precisas.

Así que resulta necesario que estos cambios vayan acompañados de una verdadera “revolución cultural”: que también debe implicar la formación de “nuevos juristas” dentro de nuestras universidades⁶⁶, para evitar que - como está ocurriendo en este momento - el cambio y la transición a la Administración Pública 4.0 se diseñen y se apoyen sólo en la informática y que poco o nada incluyan las especificidades del derecho, en general, y del derecho administrativo, en particular.

En mi opinión, es exactamente en este sentido que debe entenderse también el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre Inteligencia Artificial. Es decir que - para ponerlo en las palabras del Libro Blanco mismo - dado el importante

⁶³ Ampliar en GALETTA, D.U. y CORVALÁN, J. G., «Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? cit., p. 18 y ss.; CORVALÁN, J.G., *Prometea. Intelligenza Artificiale para transformar organizaciones públicas* cit., p. 95 y ss.

⁶⁴ Ver Galetta, D.U. y Corvalán, J. G., «Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? cit., p. 17 y ss.

⁶⁵ No es por casualidad que se lee en el Libro Blanco (*White Paper on Artificial Intelligence* cit. *supra*, nota n. 30), p. 8, que “It is essential that public administrations, hospitals, utility and transport services, financial supervisors, and other areas of public interest rapidly begin to deploy products and services that rely on AI in their activities” (Es esencial que las administraciones públicas, hospitales, servicios públicos y de transporte, supervisores financieros y otras áreas de interés público comiencen a implementar rápidamente productos y servicios que dependen de la IA en sus actividades).

⁶⁶ Como bien lo explica Mario Losano “En efecto jueces, abogados y juristas de empresa deben enfrentar cada vez con más frecuencia problemas jurídicos incomprensibles para quien no posee las nociones técnicas de base para comprenderlos”. LOSANO, M., «El Derecho frente a la sociedad informatizada», en Bauzá Reilly M. (Dir.), *El Derecho de las TIC en Iberoamérica*, FIADI, Montevideo, 2019, p. 9.

impacto que la Inteligencia Artificial puede tener en nuestra sociedad y la necesidad de crear confianza, es vital que la Inteligencia Artificial europea se base en nuestros valores y derechos fundamentales⁶⁷.

Entonces, un sólido marco regulador europeo para una Inteligencia Artificial fiable parece ciertamente necesario para proteger a todos los ciudadanos europeos y ayudar a crear un mercado interno sin fricciones para el desarrollo y la adopción de la Inteligencia Artificial⁶⁸. En este sentido es muy positivo que ahora hay también una Propuesta de Reglamento de la Unión europea para establecer normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y que confirma totalmente este enfoque⁶⁹. Pero, en el contexto específico del uso por los poderes públicos de decisiones automatizadas e Inteligencia Artificial, me parece además necesario desarrollar un marco regulatorio *nacional* adecuado. Este marco regulatorio nacional tiene que completar el contexto normativo europeo de referencia, en un contexto de decisiones administrativas automatizadas o semiautomatizadas, poniendo el énfasis en la protección de los derechos y garantías por los ciudadanos también *dentro del* procedimiento administrativo.

Por lo tanto - y para concluir - si hay algo que las TIC no han cambiado, es la necesidad de prestar una atención adecuada al procedimiento administrativo⁷⁰ como lugar de composición de intereses y de protección efectiva de los derechos de los ciudadanos, antes e independientemente del derecho (ex post) a un recurso judicial efectivo y a un juicio justo.

Bibliografía citada

AIRO-FARULLA, G., «Reasonableness, rationality and proportionality», en GROVES, M. y LEE, H.P. (Dir.), *Australian Administrative Law: Fundamentals, Principles and Doctrines*, Cambridge, 2007, p. 212 ss.

AUBY, J.-B., (Dir.), *Droit comparé de la procédure administrative - Comparative Law of Administrative Procedure*, Bruxelles, 2016

AUBY, J.-B., « Le droit administratif face aux défis du numérique », *AJDA*, 2018, p. 835 y ss.

BARRAT, J., *Our Final Invention: Artificial Intelligence and the End of the Human Era*, New York, 2013

⁶⁷ "Given the major impact that AI can have on our society and the need to build trust, it is vital that European AI is grounded in our values and fundamental rights such as human dignity and privacy protection". *White Paper on Artificial Intelligence* cit. *supra*, nota n. 30, p. 3.

⁶⁸ Ver en el Libro Blanco (*White Paper on Artificial Intelligence* cit. *supra*, nota n. 30), p. 11.

⁶⁹ Ver Reglamento del parlamento europeo y del consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la unión {sec(2021) 167 final} - {swd(2021) 84 final} - {swd(2021) 85 final. Bruselas, 21.4.2021, COM(2021) 206 final (Documento 52021PC0206) en que se confirma que "La propuesta se basa en los valores y derechos fundamentales de la UE y tiene por objeto inspirar confianza en los ciudadanos y otros usuarios para que adopten soluciones basadas en la IA, al tiempo que trata de animar a las empresas a que desarrollen este tipo de soluciones".

⁷⁰ Ver VALERO TORRIJO, J., *El régimen jurídico de la e-Administración. El uso de los medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo*, Granada, 2003, *passim*.

BEARMAN, D., «Reality and Chimeras in the Preservation of Electronic Records», *D-Lib Magazine*, 1999, Vol. 5, No. 4. Versión electrónica: <http://www.dlib.org/dlib/april99/bearman/04bearman.html>

BOYDENS, I., *La conservation numérique des données de gestion (Numéro spécial "Archivage et pérennisation")*, vol. 8, no. 2, Paris, 2004, p. 13 y ss.

CARULLO, G., *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, 2017

CORVALÁN, J.G., «Hacia una administración pública digital», *Temas de derecho administrativo*, 2017, p. 621 y ss.

CORVALÁN, J.G., «Administración Pública digital e inteligente: transformaciones en la era de la inteligencia artificial», *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, 2017 (vol. 8 n. 2), p. 26 y ss.

CORVALÁN, J.G., *Prometea. Inteligencia Artificial para transformar organizaciones públicas*, Buenos Aires, 2019

COTINO HUESO, L., «Derecho y garantías ante el uso público y privado de inteligencia artificial, robótica y big data», en Bauzá Reilly M. (Dir.), *El Derecho de las TIC en Iberoamérica*, FIADI, Montevideo, 2019, p. 917 y ss.

COUTURIER, M., CUSTOS, D., LARRALDE, J.M. (Dir.), «La motivation des actes administratifs. Le droit français à la lumière du droit administratif comparé», *Cahier de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, 2019, n. 17.

DECAUX, M., DUVAL, L., LABBAY, A., PENITOT, M., «Cronique de jurisprudence des droits numériques», *Cahier de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, 2019, n. 17, p. 217 y ss.

DENKHAUS, W., «Vom E-Government zur Digitalisierung», en SECKELMANN M. (Ed.), *Digitalisierte Verwaltung. Vernetztes E-Government*, Berlin, 2019, p. 51 y ss.

DOMINGOS, P., *The master algorithm: how the quest for the ultimate learning machine will remake our world*, New York, 2015

DONATI, D., «Digital divide e promozione della diffusione delle ICT», en F. MERLONI, F. (Dir.), *Introduzione all'eGovernment: pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, Torino, 2005, p. 209 y ss.

DRÖSSER, C., *Total berechenbar? Wenn Algorithmen für uns entscheiden*, München, 2016

DWIVEDI, P., «Archive – where it started and the problems of perpetuity», *Proceedings of the Eighteen IEEE Symposium on mass storage systems and technologies*, 2001, p. 353 y ss. Versión electrónica: <http://storageconference.us/2001/papers/p10dwive.pdf>

EIFERT, F., *Electronic Government*, Baden Baden, 2006

FALCONE, M., «Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017/3, p. 601 y ss.

GALETTA, D.U., «Digitalización y transparencia: ¿un "responsable de la transparencia" y su "asistente digital" como herramientas del buen gobierno del futuro?», *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2018, 96/I, p. 159 y ss.

GALETTA, D.U. «Information and Communication Technology and Public Administration: through the Looking-Glass», en GALETTA, D.U y ZILLER J. (Dir.), *Information and Communication Technologies Challenging Public Law, beyond Data Protection*, Actas del 12º congreso anual de la Societas Iuris Public Europaei (SIPE), Baden-Badn, 2018, p. 119 y ss.

GALETTA, D.U. (2019), *Open-Government, open-data e Azione Amministrativa*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019/3, p. 663 y ss.

GALETTA, D.U. y CORVALÁN, J. G., «Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto», *Federalismi.it*, 6 febrero 2019, p. 1 y ss. Versión electrónica: <http://www.federalismi.it>

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ S., *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, Navarra, 2008

HEUDIN, J-C., *Comprendre le Deep Learning. Une introduction aux réseaux de neurones*. Science-eBook, 2016

HEUDIN, J-C., *Intelligence Artificielle. Manuel de survie*, Science-eBook, 2017

LOSANO, M., «El Derecho frente a la sociedad informatizada», en Bauzá Reilly M. (Dir.), *El Derecho de las TIC en Iberoamérica*, FIADI, Montevideo, 2019, p. 1 ss.

MAYER SCHÖNBERGER, V. Y CUKIER, K., *Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think*, London, 2013

MARTINI, M., «Transformation der Verwaltung durch Digitalisierung», *Die Öffentliche Verwaltung*, 2017, p. 443 y ss.

MASUCCI, A. *L'atto amministrativo informatico*, Napoli, 1993

MASUCCI, A. «Il documento informatico. Profili ricostruttivi della nozione e della disciplina», *Rivista di diritto civile*, 2004, n. 5, p. 749 y ss.

PALMA MÉNDEZ, J.T. y MARÍN MORALES, R., *Inteligencia artificial*, Madrid, 2011

RIVERO ORTEGA, R. , *El expediente administrativo. De los legajos a los soportes electrónico*, 2ª ed., Pamplona, 2008

ROMAN A.V., *Realizing E-Government: Delineating Implementation Challenges and Defining Success*, en E.F. HALPIN, D. GRIFFIN e.a. (Dir.), *Digital Public Administration and E-Government in Developing Nations: Policy and Practice*, United States (Idea Group), 2014, p. 112 ss. (p. 114)

SÁ ZEICHEN, G., «Documento digital y función administrativa. Una aproximación al régimen jurídico del sistema de gestión de documentos administrativos en la Argentina», *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2018, 96/l, p. 181 y ss.

VALERO TORRIJO, J., *El régimen jurídico de la e-Administración. El uso de los medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo*, Granada, 2003

WEBER M., «Debatte und Reden auf der Tagung des Vereins für Sozialpolitik in Wien 1909 zu den Verhandlungen über „Die wirtschaftlichen Unternehmungen der Gemeinden“», en M. WEBER, *Gesammelte Aufsätze zur Soziologie und Sozialpolitik*, Tübingen, p. 412 ss.

