

Artigos

Recebido: 19.08.2022

Aprovado: 22.08.2022

Publicado: 24.08.2022

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/REDES.v10i2.10279>

El control judicial de la actividad administrativa automatizada

Ricardo A. Muñoz

Universidad Siglo 21, Córdoba, Argentina

<https://orcid.org/0000-0002-3379-2548>

Resumen: En un contexto de crisis sanitaria -todavía vigente-, en donde las organizaciones debieron acelerar exponencialmente sus procesos de transformación digital, y las administraciones públicas en particular, debieron transitar hacia caminos trazados en la apertura de datos por diseños y procesos gubernamentales centrados en la información, lo que llevó incluso a la utilización de técnicas de Inteligencia Artificial para el sector público, el presente trabajo busca responder al elemental interrogante respecto ¿Qué debe controlarse judicialmente en el caso de la actividad decisional administrativa automatizada? O si se prefiere ¿Qué principios debe respetar la Administración pública, de verificación por el Poder Judicial, cuando se sirve de herramientas inteligentes para el cometido de sus funciones? Así es que el trabajo ofrece -en términos generales- una serie de herramientas evaluativas que debe tener a la vista el magistrado para convalidar, o en su caso, invalidar una actuación decisoria de este tipo.

Palabras claves: Inteligencia artificial; Administración pública; Automatización; Control judicial.

Judicial control of automated administrative activity

Abstract: In a context of health crisis -still in force- where organizations had to exponentially accelerate their digital transformation processes and public administrations, in particular, had to move towards paths traced in the opening of data as consequence of government designs and processes focused on information -which even led to the use of Artificial Intelligence techniques for the public sector-, this paper seeks to answer the basic question regarding what should be judicially controlled in the case of automated administrative decision-making activity? Or, with other words, what principles must the Public Administration respect, verified by the Judiciary, when it uses intelligent tools to carry out its functions? Thus, the work offers -in general terms- a series of evaluative tools that the magistrate must have in view to validate, or in his case, invalidate a decision-making action of this type.

Keywords. Artificial intelligence; Public administration; Automation; Court control.

En estos tiempos complejos, el Derecho -como lo son casi todos los órdenes de la vida- se ha visto profundamente convulsionados por la realidad que impuso la pandemia del COVID 19 y sus consecuencias -todavía aún inciertas y desconocidas-, y con él, el Derecho Administrativo no es -naturalmente- una excepción. Sin embargo, estas implicancias no tienen que ser necesariamente todas negativas, ya que la crisis sanitaria, sin desconocer claro está la catástrofe que significó para la salud mundial, aceleró exponencialmente procesos de transformaciones que se presentaban necesarios y evidentes, y ello entonces, implicó una gran oportunidad para el mejoramiento de la Administración Pública.

La crisis como “oportunidad”, generó que se allanen los caminos para direccionar políticas públicas que busquen el paso de un gobierno electrónico y digital (que en forma incipiente lo teníamos de antes), a uno inteligente, lo que supone -entre otras cosas-, no solo tender un puente entre un “gobierno centrado en la información” y “sector público impulsado por datos”, sino también el tránsito que implica pasar de “procesos y datos cerrados”, hacia aquellos abiertos en forma predeterminada, es decir, “apertura por diseño”, de acuerdo a los principios de transparencia, integridad, responsabilidad y participación de sustentan las formas digitales de toma de decisiones.

Si partimos de un consenso a través del cual, mediante un sistema de inteligencia artificial (en adelante IA), se busca “emular” o simular la inteligencia humana, a través de más o menos complejos procedimientos computacionales, y que los algoritmos implican -en términos amplísimos- secuencias lógicas de instrucciones, estructuras procedimentales y metódicas de sucesos para alcanzar un resultado, en algunos casos con altos grados de automaticidad, entonces la problemática es de obligatorio abordaje por parte de la Administración pública¹.

Y esto se logra, precisamente por la capacidad de acumulación de enormes volúmenes de información digital, ya que la Administración Pública recolecta, almacena, transforma y opera de la más variada forma, un verdadero “yacimiento de datos”², que, por un lado, la transforma en un ente “confiable” ya que sus decisiones no estarán basadas en la intuición o en meras presunciones o preconcepciones³, pero también la coloca como una entidad de marcada potencialidad dañosa por la asunción de riesgos que toma frente al manejo de datos personales. Aclaramos que en el sector público el dato es generado por el propio usuario, de tal manera que -desde la perspectiva comunitaria y colectiva- aquel debe ser visto como un “valor

1 Para un análisis más profundo, v. MUÑOZ, Ricardo. **Inteligencia artificial y derecho administrativo. Un enfoque basado en derechos**. Buenos Aires: IJ, 2000. Disponible en <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=582&idediccion=3688>. Acceso en 18 jun. 2022.

2 CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO. **Carta Iberoamericana de innovación en la gestión pública**, 2020. Disponible en <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/10/Carta-Iberoamericana-de-Innovacion-10-2020.pdf>. Acceso en 18 jun. 2022. Para el CLAD, “la Administración pública inteligente implica la extracción, análisis e interpretación de los datos, tanto a nivel tecnológico (mediante el diseño de algoritmos y sistemas de entrenamiento de los mismos) como de conocimiento humano (sistemas de inteligencia colectiva internos y externos a la Administración), que faciliten la detección proactiva de las nuevas necesidades sociales e individuales para poder renovar e innovar los catálogos de servicios públicos y los sistemas internos de gestión, con el objetivo de poder aportar un mayor bienestar social”.

3 MARTELLI, Eduardo. Aprendizajes y recomendaciones para una efectiva transformación digital. In: BELLOMO, Santiago; OSZLAK, Oscar (Ed.). **Desafíos de la administración pública en el contexto de la Revolución 4.0**. Konrad Adenauer Stiftung: Buenos Aires, 2020. p. 235. “Este nuevo Estado moderno debe resultar simple, ágil, confiable, cercano, transparente, participativo y, por todo esto, inteligente”.

agregado” de interés social⁴; él que -incluso- es elemental desde la cimentación de nuestras instituciones y el acceso a la información pública, ya que hace a un condicionamiento del ejercicio de la democracia, habida cuenta que el dato es crucial para la participación ciudadana, y la IA mucho puede hacer para motorizar estos aspectos.

Por lo dicho, es evidente entonces que los procesos de innovación, modernización, smartificación y tecnologización llevados a cabo por el Estado presentan “tensiones” -en términos de potencialidad, pero también de “efectividad”- con los derechos humanos.

Según la Unión Europea, expuesto en las trascendentales y reveladoras “Directrices Éticas para una IA Fiable” (2019), la fiabilidad de la inteligencia artificial se apoya en tres componentes que deben satisfacerse a lo largo de todo el ciclo de vida del sistema: 1. la IA debe ser lícita, de modo que se garantice el respeto de todas las leyes y reglamentos aplicables⁵; 2. también ha de ser ética, es decir, asegurar el cumplimiento de los principios y valores éticos; y, finalmente, 3. debe ser robusta, tanto desde el punto de vista técnico como social, puesto que los sistemas de IA, incluso si las intenciones son buenas, pueden provocar daños accidentales⁶.

Esto nos sitúa ante una realidad, en donde el dato -en nuestro caso, el dato público- implica el elemento estructural de un nuevo “modelo” de Administración -una “Administración Datificada”- en donde los programas (entre ellos, algoritmos) harán lo que antes hacía los burócratas, y el Derecho Administrativo, puede reconfigurarse como un “Derecho Administrativo de la Información”, tal como lo vaticinó el profesor español Javier Barnes⁷. Lo que trasunta, además, algo que ya parece a esta altura

4 BID. **La inteligencia artificial al servicio del bien social en América Latina y el Caribe**: panorámica regional e instantáneas de doce países. [s.l.]: BID, 2020. Disponible en <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/La-inteligencia-artificial-al-servicio-del-bien-social-en-America-Latina-y-el-Caribe-Panor%C3%A1mica-regional-e-instant%C3%A1neas-de-doce-paises.pdf>. Acceso en 21 jun. 2022. En este mismo camino transita el concepto de “IA para el bien social” elaborado por el BID, el que “apunta en la dirección del empoderamiento de las personas: se la emplea para abordar los retos más importantes de nuestro tiempo, aquellos que impactan directamente a los humanos y al medio ambiente en los más diversos campos como la salud, la educación, el empleo, la justicia, la disponibilidad de recursos, el cambio climático, la igualdad de género y la reducción de las desigualdades. Bajo el concepto de IA para el bien social tienen cabida distintos actores, incluyendo todas aquellas organizaciones o iniciativas que atiendan a dichos retos apoyándose en esta tecnología”.

5 Si bien el documento aclara que no aborda explícitamente el primero de los componentes expuestos (IA lícita), destaca que existen varias normas jurídicamente vinculantes a escala europea, nacional e internacional que ya son aplicables o pertinentes al desarrollo, despliegue y utilización de sistemas de IA. Entre las fuentes jurídicas de importancia en la materia figuran, con carácter no limitativo, el Derecho primario de la UE (los Tratados de la Unión Europea y su Carta de Derechos Fundamentales) y el Derecho secundario de la Unión (como el Reglamento General de Protección de Datos, las Directivas contra la discriminación, la Directiva sobre máquinas, la Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, el Reglamento sobre la libre circulación de datos no personales, las leyes de protección de los consumidores y las Directivas relativas a la seguridad y la salud en el trabajo), pero también los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas y los convenios del Consejo de Europa (como el Convenio Europeo de Derechos Humanos), además de numerosas leyes de los Estados miembros de la UE. Además de las normas de aplicación horizontal, existen diversas normas de carácter sectorial aplicables a determinados usos de la IA (como, por ejemplo, el Reglamento sobre productos sanitarios en el sector de la asistencia sanitaria).

6 V. MUÑOZ, Ricardo. Las directrices éticas para una inteligencia artificial fiable (UE, 2019). **Revista de Derecho Público**, Santa Fe, n. 2, p. 639-658, 2020.

7 BARNES, Javier. Una reflexión introductoria sobre el derecho administrativo y la administración pública de la sociedad de información y del conocimiento. **Revista Andaluza de Administración Pública**, Sevilla, n. 40, p. 25-76, oct./nov. 2000. p. 69.

una obviedad: (a) una Administración Pública líquida, abierta, colaborativa, creativa, innovadora, sólida, predecible, constante y en permanente simplificación, y (b) un Derecho Administrativo crítico, plural, multidisciplinar, integrador, dinámico y complementario.

Pero también las políticas de modernización, automatización y despliegue de IA redefine la impronta del Derecho Administrativo como derecho positivo, porque aquellos procesos requieren traducir el lenguaje natural “típico” de la norma a uno “informático”, es decir, en lenguaje de programación, y aunque la IA no es fuente del Derecho Administrativo ni de ninguna disciplina jurídica -sino solo una apoyatura técnica-, puede decirse que en la actualidad el Derecho se ve forzado a alcanzar una suerte de “positivismo algorítmico” porque los sistemas trabajan mediante “redes” y no a través de “reglas”. Y aquí también es elemental aclarar la obviedad que los sistemas no entienden derecho ni razonan los conceptos, solo hace una “asociación de símbolos” (patrones de reconocimiento del fenómeno), es decir, simula inteligencia, pero no la tienen⁸.

En materia de actividad administrativa automatizada (por ejemplo, una app que nos autoriza a circular en pandemia), lo electrónico y tecnológico, no es solo una mera forma de expresión y calificación de la institución -es decir una sola apoyatura instrumental o respaldo documental electrónico-, pero que canaliza la voluntad y competencia en forma tradicional, sino es la realización en sí misma de la voluntad de la voluntad administrativa, y en consecuencia, puede decirse entonces que se diseña y entrena el sistema para que el mismo sea reflejo de la norma y se autoejecute sin la intervención humana, por lo menos, “en vivo y en directo”.

Esto se lleva a cabo a través de una incipiente “potestad reglamentaria algorítmica” -una suerte de “cuasilegisador en lenguaje computacional”-, primero y la “autoejecución” -administrativa automatizada- de los actos (en este caso, administrativos individuales), después, una vez que suceden los supuestos de hecho previstos. Pero, y tal como brillantemente se ha explicado⁹, hay dos formas de ejercer esa nueva potestad: (1) a través de una “potestad reglamentaria algorítmica espejo”, en donde se hace una traducción de un lenguaje natural jurídico hacia uno de programación. Aquí la voluntad se “mediatiza” y se vuelve asincrónico su ejercicio, rompiendo el paradigma del tiempo y espacio, y la tecnología es un modo de intermediación técnica, (2) mediante una suerte de “potestad reglamentaria algorítmica basada en IA”, en donde el núcleo de la competencia es desplegado por un sistema inteligente, y entonces la voluntad se desvincula de los resultados. La tecnología deja de ser intermediaria, y si no sabe el experto exactamente las razones subyacentes a los resultados que arroja el sistema, hay una suerte de “delegación algorítmica ilegítima”, y es ahí cuando se rompe la relación con la voluntad y competencia, tornando ilegítimo y arbitraria la decisión.

Y así llegamos entonces a la “actuación administrativa automatizada”, definida, por ejemplo, por la

8 A mayor abundamiento puede reflexionarse que la IA no realiza inferencias causales bajo un enfoque de significación jurídica (no hace dogmática, no entiende el contexto, etc.), en realidad, la IA “simula” que entiende causalidad o Derecho, pero no lo hace, por eso se dice que es “boba” en este sentido.

9 CORVALÁN, Juan; SÁ ZEICHEN, Gustavo; ALBERTSEN, Lihué María. Actividad administrativa automatizada: inteligencia artificial, potestad reglamentaria algorítmica, delegación algorítmica, acto administrativo automatizado y reserva de humanidad. In: CORVALÁN, Juan Gustavo (Dir.). **Tratado de inteligencia artificial y derecho**. Buenos Aires: Thomson Reuters / La Ley, 2021, t. II. p. 193 y ss.

ley 40/2015 (“Régimen jurídico del sector público”) de España, como “cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una AP en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público”. Aun antes todavía, la actuación administrativa automatizada había sido conceptualizada por la Ley 11/2007, de 22 de junio, de “Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos” de España –LAE- (hoy derogada) como “actuación administrativa producida por un sistema de información adecuadamente programado sin necesidad de intervención de una persona física en cada caso singular”¹⁰.

Esto no es para nada nuevo en nuestro sistemas de fuentes y para la literatura jurídica, ya que en 1971 Tomás Ramón Fernández manifestó que la “electrónica será un elemento mecánico de ayuda, pero la noble función de juzgar no puede ser mecanizada”¹¹, o cuando Vittorio Frosini ya hablaba de la “inteligencia artificial” y la tecnología electrónica lo que constituye el carácter innovador y distintivo de los servicios administrativos de nuestros tiempos, tratándose de un proceso que denomina “automatización administrativa”¹².

Llama la atención, en este sentido, que la normativa vigente hable en todo momento de actuación administrativa automatizada, en lugar de hacer referencia al acto administrativo automatizado. “La razón es sencilla -y avala la interpretación que se está argumentando en estas páginas-: lo relevante de aquélla no es el producto, que no deja de ser un acto administrativo normal y corriente, sino la forma en que se adopta, la actuación que permite llegar a ese producto final”¹³.

Así, la decisión administrativa automatizada implica un acto administrativo como cualquier otro, y solo la diferencia radica en la fuente de producción: en aquel caso corresponde a un sistema de información programado y no a una persona humana. Ahora bien, la ausencia de la persona de “carne y hueso” no es total, sino “en cada caso singular” (conforme esa definición), esto es, en cada concreto supuesto en que se hace uso de ese sistema de información para desarrollar la correspondiente actuación administrativa exigida por el ejercicio de la potestad, ya que antes y en forma general la persona humana intervino otorgando competencia y validez al sistema, incluso, a través también del diseño del motor informático¹⁴.

10 En los sistemas jurídicos normativos, ya se hablaba de “mecanización” y “automatización” en la exposición de motivos de la Ley Procedimientos Administrativos española de 1958, al momento que se señaló que “Por lo demás, las aludidas directrices no se conciben como simples enunciados programáticos, sino como verdaderas normas jurídicas, al habilitar a la Administración de una vez para siempre para adoptar cuantas medidas repercutan en la economía, celeridad y eficacia de los servicios; a estos fines responden los preceptos relativos a la normalización de documentos, racionalización, mecanización y automatización de los trabajos en las oficinas públicas, creación de oficinas de información y reclamaciones y fijación de horarios adecuados para el mejor servicio de los administrados”.

11 FERNANDEZ, Tomás Ramón. Jurisprudencia y computadores. **Revista de la Administración Pública**, Madrid, n. 64, p. 327-336, 1971.

12 FROSINI, Vittorio. Informática y administración pública. **Revista de la Administración Pública**, Madrid, n. 105, p. 447-460, 1984.

13 MARTÍN DELGADO, Isaac. Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada. **Revista de la Administración Pública**, Madrid, n. 180, p. 353-386, sep./dic. 2009. p 365.

14 AQUARO, Vincenzo, Prologo. In: CORVALÁN, Juan Gustavo. **Prometea**. Inteligencia Artificial para transformar organizaciones públicas. Buenos Aires: Astrea SRL /Editorial Universidad del Rosario / Derecho Para Innovar / IMODEV, 2019. p. 7. Para Vincenzo AQUARO, director de Gobierno Digital de la ONU, “los sistemas de Inteligencia Artificial no pueden reemplazar completamente las competencias de los seres humanos. Pueden colocar a los humanos en una posición ventajosa

Y entonces, efectivamente, un acto administrativo adoptado -aun en su integridad- por medios electrónicos puede consistir en una declaración de voluntad (adjudicación de un contrato por subasta electrónica); en una declaración de juicio (valoración de los méritos de un candidato en el marco de un proceso de evaluación de su actividad); en una declaración de conocimiento (certificado electrónico de empadronamiento); o en una declaración de deseo (propuesta de sanción por infracción en materia de tráfico); obligación de pago (informa una operación y se me liquida el monto automáticamente) entre muchos otros.

Llegamos entonces a la problemática del control judicial de la actividad decisional administrativa automatizada, y allí entonces cabe preguntarse, por lo tanto ¿Qué debe controlarse? ¿Qué principios debe respetar la Administración pública, de verificación por el Poder Judicial? Veamos cuales son, y, en definitiva, presentemos -aunque mas no sea en términos generales- que herramientas evaluativas cuenta un magistrado para convalidar, o en su caso, invalidar una actuación decisoria de este tipo.

Principio de “explicabilidad”

Debe saberse la secuencia lógica y como se alcanzaron determinados resultados, ya que tornaría ilegítimo y arbitrario una decisión en un contexto en que no se sabe “a ciencia cierta” cómo se interpretan o razonan los datos. En este sentido, el catedrático brasileño Juarez Freitas ha dicho que -en virtud de aquel principio- “se garantiza el acceso a la privacidad de los pasos lógicos que conforman la decisión inteligente. En vista de esto, en el campo administrativo, es necesario expandir el espectro efectivo de la publicidad y motivación. Es decir, el incumplimiento de la obligación de revelar los pasos lógicos que guían la decisión artificial provoca la inversión de la carga de la prueba del vínculo causal, a favor de la persona afectada. En las relaciones administrativas, el Poder Público es responsable de probar que los algoritmos elegidos no tienen efectos legalmente perjudiciales, hostiles a los fundamentos congruentes de hecho y de derecho”¹⁵.

Este principio se funda normativamente en la regla de la “prohibición de decisiones basadas exclusivamente en automatización de datos” (con fundamento en el art. 20 de 25326 de “Protección de Datos Personales” en nuestro país¹⁶, siendo complementado por la Res. 4/2019 de la Agencia de Acceso a la Información Pública “sobre criterios orientadores de mejores prácticas de la ley 25326”, estableciendo que “el titular de datos tendrá derecho a solicitar al responsable de la base de datos una explicación lógica aplicada en aquella decisión”, es decir, que exista intervención humana en el proceso de toma de decisiones administrativas o judiciales.

y ayudar a organizar mejor nuestra sociedad, pero al final, los humanos son, o al menos deberían ser, los que siempre toman las decisiones finales. Esta es la razón por la que prefiero deletrear la IA como “Inteligencia (humana) Aumentada” en lugar de Inteligencia Artificial”.

15 JUAREZ FREITAS. Direito administrativo e inteligência artificial. **Interesse Público**, Belo Horizonte, a. 21, n. 114, p. 15-29, mar./abr. 2019. p. 20.

16 Así señala que “Las decisiones judiciales o los actos administrativos que impliquen apreciación o valoración de conductas humanas, no podrán tener como único fundamento el resultado del tratamiento informatizado de datos personales que suministren una definición del perfil o personalidad del interesado”, sancionando con la nulidad insanable “los actos que resulten contrarios a la disposición precedente”.

O incluso también sienta sus bases estructurales en el art. 22 Reglamento UE 2016/679 Parlamento y el Consejo 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 (Reglamento general de protección de datos), disponiendo que: “Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar. No se aplicará si la decisión: a) es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento; 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, o c) se basa en el consentimiento explícito del interesado”.

Principio de “interdicción a la arbitrariedad algorítmica”

Cuando no es posible explicar lo que sucede en los sistemas de “caja negra”, entonces los resultados se asemejan a decisiones arbitrarias. Y si bien no es aplicable el concepto de discrecionalidad que -por ahora- solo puede tener recepción conceptual para las personas humanas, si podemos decir que la IA ayuda a disminuir la discrecionalidad administrativa, pues nos ofrece una suerte de “predicción pasada y futura” respecto como resolvió la Autoridad en otras oportunidades, y como puede hacerlo en lo sucesivo.

Principio de “transparencia algorítmica y trazabilidad” y “acceso a la información pública algorítmica”

Para conocer, no solo los motivos por los cuales se adoptó una decisión (¿por qué?), sino también las secuencias lógicas (¿cómo?). Y esto debe darse debida noticia a través de un lenguaje accesible, comprensible y asequible, existiendo precedentes en Italia donde judicialmente se otorgaron pedidos de acceso a la información pública para conocer el algoritmo por el cual se dispone el traslado de personal docente o se impide la sustitución plena de las autoridades públicas, y también respecto el reconocimiento de los principios de conocimiento, no exclusividad y de no discriminación¹⁷.

El desarrollo IA debe garantizar su accesibilidad a toda la población, y los diseños de los algoritmos debe ser transparentes y no estar blindados con patentes, debiéndose promover la igualdad de acceso a todos los sectores sociales de sus beneficios, tal como se desprende de los apartados 8, 33 y 37 de la “Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública”, celebrada por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo.

Principio de “supervisión humana”

El que implica primero una operación de segmentación de tareas (enfoque basado en tareas), dejando a los sistemas aquellas labores repetitivas, mecánicas y automáticas, reservando a las personas aquellas acciones cognitivas, porque las maquinas no tienen empatía, creatividad ni pensamiento crítica. Allí surge

17 V. CANEVARO, Carlos; LAU ALBERDI, Jerónimo. La actuación administrativa automatizada en el estado constitucional de derecho. *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, n. 133, p. 30-52, ene./feb.2021. p. 43.

el principio de “reserva de humanidad”¹⁸ para que la última palabra la tenga la persona humana, toda vez que las modernas tecnologías podrán ser de apoyo, pero no de ponderación final. Y de igual manera, toma vigencia el principio de “control humano suficiente posterior”¹⁹, especialmente en los mecanismos algoritmos autónomos donde se requiere la intervención humana previa, concomitante y posterior a la acción de tales sistemas inteligentes.

Y esto se justifica aún más, a la hora de que en la actualidad no es posible asegurar en todos los casos el pleno cumplimiento al principio de “explicabilidad”²⁰, por lo que, señala Amunátegui Perelló, “una posible alternativa es desarrollar sistemas de carácter mixto, donde el agente artificial no tome una decisión, sino que simplemente haga una recomendación al ser humano que, finalmente decide. Esto es lo que se denomina “tener un ser humano en la ecuación”; *human on the loop*²¹.

Principio de “precaución” e “impacto social”

Para prevenir los graves riesgos con los que nos enfrentamos²² (máquinas adoptando decisiones plenamente automatizadas con la posibilidad de afectar derechos de humanos), y en este sentido, la Unión Europea en su “Libro Blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza” considera que se debe seguir un “enfoque basado en el riesgo”, resultando importante para asegurar que la intervención reguladora sea proporcionada, y así se requiere de criterios claros para establecer diferencias entre las distintas aplicaciones de IA, en especial para determinar si entrañan un riesgo elevado o no.

A su vez, el Reglamento de datos personales de la Unión Europea introduce la figura de “la evaluación de impacto de operaciones de tratamiento en la protección de datos personales” y el “Data

18 PONCE SOLÉ, Juli. Inteligencia artificial, derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico. **Revista General de Derecho Administrativo**, Madrid, n. 52, [s.p.], ene. 2019.

19 CORVALÁN, Juan; SÁ ZEICHEN, Gustavo; ALBERTSEN, Lihué María. Actividad administrativa automatizada: inteligencia artificial, potestad reglamentaria algorítmica, delegación algorítmica, acto administrativo automatizado y reserva de humanidad. In: CORVALÁN, Juan Gustavo (Dir.). **Tratado de inteligencia artificial y derecho**. Buenos Aires: Thomson Reuters / La Ley, 2021, t. II. p. 239.

20 Por ejemplo, en la Unión Europea, es su “Directrices Éticas para una Inteligencia Artificial Fiable”, de fecha de 9 de abril de 2019, se exige que el diseño de sistemas de IA respete el principio de explicabilidad.

21 AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos. **Archana Technicae**. El Derecho y la Inteligencia Artificial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. p. 67. No obstante, reflexiona el autor citado, “el problema de esta alternativa, es que muchas veces parece que el ser humano esté ahí específicamente para ser culpado si algo sale mal. Si un algoritmo predice con un 90% de probabilidad la reincidencia de un condenado, ¿se atreverá el juez humano a liberarlo? Al menos deberá alegar en su decisión otras razones que no sean el juicio de la máquina para proceder, pues en caso contrario su resolución carecería de fundamento, puesto que simplemente considerar el juicio del algoritmo es basarse en un mecanismo oscuro e inexplicado”.

22 En este sentido, el Código de Conducta Ética para los ingenieros en robótica anexo a la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, incorpora -entre otros- el principio de precaución según el cual “Las actividades de investigación en el ámbito de la robótica deben llevarse a cabo de conformidad con el principio de precaución, anticipándose a los posibles impactos de sus resultados sobre la seguridad y adoptando las precauciones debidas, en función del nivel de protección, al tiempo que se fomenta el progreso en beneficio de la sociedad y del medio ambiente” .

Officer”, a los fines de evitar y prevenir, o en su caso, mitigar, los impactos negativos que políticas puedan generar respecto los datos personales²³.

Control de nuevos requisitos (adicionales) de validez

Sin perjuicio de los requisitos de validez “ordinarios” (por todos conocidos), se debe contemplar una serie de exigencias adicionales y específicas, complementarias a aquellos, que en definitiva redundan en garantía para los administrados.

Primero, la utilización de los medios electrónicos debe contar con una habilitación normativa previa, que no alcanza en forma genérica, sino para el caso particular, una habilitación específica que avale y justifique la automatización en tales supuestos.

Segundo, tal norma legal debe determinar órgano u órganos competentes, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente.

Tercero, como una derivación del principio de transparencia y legalidad, deberá darse publicidad a las especificaciones y programas empleados en la actuación administrativa automatizada.

Y cuarto, deberá garantizarse la identidad, integridad, autenticidad, confidencialidad, calidad y conservación de toda la información y de la resolución automatizada en sí, a los fines de evitar violaciones a derechos constitucionales, y en particular, de protección de datos personales²⁴.

Control de nuevas tareas a partir de la programación

Debe documentarse el proceso de construcción del lenguaje (en uno claro y sencillo), sumado a que el funcionario debe validar y testear el programa para que efectivamente sea reflejo de la norma. Pues de lo contrario, puede impugnarse el sistema de la misma manera que los reglamentos, y recurrirse la auto ejecución de aquel, de igual forma que los actos administrativos de alcance.

En concreto, y tal como se imaginará el lector, la revisión judicial de los actos automatizados puede tener grandes obstáculos, tales como el conocimiento acerca de cómo se ha producido la formación de la voluntad del órgano administrativo, y la imposibilidad sustituir el criterio de la Administración, más aún, en materia de actos discrecionales.

Para Martín Delgado “el Juez debe hacer una doble valoración a la hora de resolver el recurso contencioso-administrativo: de un lado, comprobar si se han respetado todas y cada una de las exigencias

23 Véase aquí que instituciones que las conocíamos normativizadas en el Derecho Ambiental, ahora son de igual manera introducidas para las tecnologías emergentes, y entonces parece que se “unen los extremos”, en armonía entre el medio ambiental natural y el artificial más avanzado y sofisticado.

24 En este sentido, la efectividad de las garantías jurídicas pasa necesariamente por extender la transparencia y el derecho de acceso a la información pública lo más amplio posible, que incluya no solo el conocimiento del resultado de la aplicación o del sistema informativo sino, además y sobre todo en materia de inteligencia artificial, el origen de los datos empleados y la naturaleza y el alcance del tratamiento realizado.

formales de régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada; de otro, para el caso de que no haya sido así, determinar el grado de influencia de esa irregularidad. Y, en relación con esta valoración, deberá tener en cuenta dos circunstancias: si ha existido indefensión y si el resultado final hubiera sido el mismo de haber actuado el órgano administrativo por medios convencionales”²⁵.

Los nuevos sistemas pueden ofrecer resultados que ningún operador humano defendería en derecho, o al menos resultaría discutible en esa sede, y sin embargo se nos podrían presentar como únicos posibles por estar así automatizados. Y entonces la pregunta es elemental: ¿calificaríamos de injusta o arbitraria la solución si fuera directamente emitida por un agente humano, y la admitiríamos como inevitable por proceder de un sistema de IA?²⁶ Claramente la respuesta es por la negativa.

Para finalizar, pongamos de resalto que la IA genera, produce, implica y representa desafíos para los derechos humanos, tanto que aquella debe concretar un “alineamiento” con estos, y los sistemas de IA no pueden producir interferencias con la dignidad humana. Así es que la IA debe estar al servicio de la persona y no al revés. Por eso, la responsabilidad y la rendición de cuentas sobre procesos de IA debe descansar en humanos, debiendo -en definitiva- “la dimensión humana” estar presente en el proceso de toma de decisiones y evaluación sobre quejas de violaciones a los derechos más básicos y elementales.

Las respuestas a nuestros interrogantes, al fin y al cabo, la encontramos en la propia Constitución Nacional cuando allí reconoce el derecho al “desarrollo humano” particularmente cuando se refiere al “desarrollo científico y tecnológico” (art 75 inc 19), y en este sentido, no puede dejar de soslayarse que las TICs en la gestión pública han sido destacadas como una de los elementos a tener en cuenta en los “Objetivos de Desarrollo Sostenible” (ODS) en la Agenda Mundial de ONU para el 2030.

Referencias

AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos. **Archana Technicae**. El Derecho y la Inteligencia Artificial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

AQUARO, Vincenzo, Prologo. In: CORVALÁN, Juan Gustavo. **Prometea**. Inteligencia Artificial para transformar organizaciones públicas. Buenos Aires: Astrea SRL /Editorial Universidad del Rosario / Derecho Para Innovar / IMODEV, 2019.

BARNES, Javier. Una reflexión introductoria sobre el derecho administrativo y la administración pública de la sociedad de información y del conocimiento. **Revista Andaluza de Administración Pública**, Sevilla, n. 40, p. 25-76, oct./nov. 2000.

25 MARTÍN DELGADO, Isaac. Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada. **Revista de la Administración Pública**, Madrid, n. 180, p. 353-386, sep./dic. 2009. p. 386.

26 FERNANDO PABLO, Marcos; TERRÓN SANTOS, Daniel. Sobre la gobernanza de la inteligencia artificial. In: DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo; FERNÁNDEZ CARBALLAL, Almudena (Org.). **Los desafíos del derecho público en el siglo XXI**. Libro conmemoratorio del XXV aniversario del acceso a la cátedra del profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz. Madrid: INAP, 2019. p. 384 y ss.

- BID. **La inteligencia artificial al servicio del bien social en América Latina y el Caribe:** panorámica regional e instantáneas de doce países. [s.l.]: BID, 2020. Disponible en <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/La-inteligencia-artificial-al-servicio-del-bien-social-en-America-Latina-y-el-Caribe-Panor%C3%A1mica-regional-e-instant%C3%A1neas-de-doce-paises.pdf>. Acceso en 21 jun. 2022.
- CANEVARO, Carlos; LAU ALBERDI, Jerónimo. La actuación administrativa automatizada en el estado constitucional de derecho. **Revista de Derecho Administrativo**, Buenos Aires, n. 133, p. 30-52, ene./feb.2021.
- CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO. **Carta Iberoamericana de innovación en la gestión pública**, 2020. Disponible en <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/10/Carta-Iberoamericana-de-Innovacion-10-2020.pdf>. Acceso en 18 jun. 2022.
- CORVALÁN, Juan; SÁ ZEICHEN, Gustavo; ALBERTSEN, Lihué María. Actividad administrativa automatizada: inteligencia artificial, potestad reglamentaria algorítmica, delegación algorítmica, acto administrativo automatizado y reserva de humanidad. In: CORVALÁN, Juan Gustavo (Dir.). **Tratado de inteligencia artificial y derecho**. Buenos Aires: Thomson Reuters / La Ley, 2021, t. II.
- FERNANDEZ, Tomás Ramón. Jurisprudencia y computadores. **Revista de la Administración Pública**, Madrid, n. 64, p. 327-336, 1971.
- FERNANDO PABLO, Marcos; TERRÓN SANTOS, Daniel. Sobre la gobernanza de la inteligencia artificial. In: DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo; FERNÁNDEZ CARBALLAL, Almudena (Org.). **Los desafíos del derecho público en el siglo XXI**. Libro conmemoratorio del XXV aniversario del acceso a la cátedra del profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz. Madrid: INAP, 2019.
- FROSINI, Vittorio. Informática y administración pública. **Revista de la Administración Pública**, Madrid, n. 105, p. 447-460, 1984.
- JUAREZ FREITAS. Direito administrativo e inteligência artificial. **Interesse Público**, Belo Horizonte, a. 21, n. 114, p. 15-29, mar./abr. 2019.
- MARTELLI, Eduardo. Aprendizajes y recomendaciones para una efectiva transformación digital. In: BELLOMO, Santiago; OSZLAK, Oscar (Ed.). **Desafíos de la administración pública en el contexto de la Revolución 4.0**. Konrad Adenauer Stiftung: Buenos Aires, 2020.
- MARTÍN DELGADO, Isaac. Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada. **Revista de la Administración Pública**, Madrid, n. 180, p. 353-386, sep./dic. 2009.
- MUÑOZ, Ricardo. **Inteligencia artificial y derecho administrativo. Un enfoque basado en derechos**. Buenos Aires: IJ, 2000. Disponible en <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=582&idediccion=3688>. Acceso en 18 jun. 2022.
- MUÑOZ, Ricardo. Las directrices éticas para una inteligencia artificial fiable (UE, 2019). **Revista de Derecho Público**, Santa Fe, n. 2, p. 639-658, 2020.
- PONCE SOLÉ, Juli. Inteligencia artificial, derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico. **Revista General de Derecho Administrativo**, Madrid, n. 52, [s.p.], ene. 2019.