

El impacto de la inteligencia artificial en la administración local*

Gianluca Gardini
Catedrático de derecho administrativo en la Universidad de Ferrara
(gianluca.gardini@unife.it)

Sumario: 1. Inteligencia artificial y Administración pública. -2. Administración electrónica e inteligencia artificial. -3. Diferentes sistemas de IA, diferentes usos, diferentes límites. -4. Inteligencia artificial y decisiones públicas. -5. Administración automatizada vs. Administración con asistencia algorítmica. -6. Inteligencia artificial y actos discrecionales. 7. El empleo de sistemas de inteligencia artificial por las administraciones públicas: experiencias prácticas. -8. Artificial Intelligence ACT: la estructura del reglamento UE. -9. El papel de los Estados miembros

1. Inteligencia artificial y Administración pública

El alcance disruptivo y omnipresente de la inteligencia artificial (IA) en nuestra sociedad, en los procesos económicos y empresariales, en el trabajo, en la política y en la actuación de las administraciones públicas es conocido por todos y constituye ya un fenómeno universalmente analizado y debatido. Se mencionan apropiadamente innumerables ventajas de la inteligencia artificial, por ejemplo, para la investigación farmacológica, el diagnóstico, la lucha contra el cambio climático, pero también costes energéticos y riesgos en términos de privacidad, seguridad y derechos fundamentales.

Aquí se pretende tocar, sin embargo, un perfil concreto, el del uso de la IA por parte de las administraciones locales y sus implicaciones para el Estado de derecho.

El empleo por parte de la administración central, autonómica y local de sistemas basados en inteligencia artificial (IA) supone un claro avance y múltiples beneficios relacionados con la eficacia y eficiencia en su funcionamiento. A mismo tiempo, el uso de sistemas de IA va acompañado de múltiples riesgos que se deben gestionar desde la toma de la decisión acerca de su desarrollo o adquisición, hasta su puesta en funcionamiento y su ciclo de vida.

En todo el mundo, las administraciones están experimentando y utilizando sistemas de inteligencia artificial en un grado cada vez mayor. En Europa, en 2015, sólo había cinco aplicaciones de IA en el ámbito público; en 2021 estos se han convertido en 161 e en 2022 eran 868. Su crecimiento es exponencial. Hasta ahora sólo el 2% de estos sistemas son utilizados para la adopción de decisiones individuales, pero se puede suponer que este uso también crecerá significativamente¹.

* Texto provisional no publicable

¹ B. Marchetti, *Intelligenza artificiale, poteri pubblici e rule of law*, in www.diariodidirittopubblico.it, 18 ottobre 2023

El uso de la IA por parte de las administraciones, en muchos casos, se produce en un entorno sin normas legales. En estos momentos, en Italia, faltan normas y directrices generales, a excepción del art. 3bis de la ley de procedimiento administrativo (muy genérico)², y el art. 30 del nuevo código de contratos públicos (más específico, pero sectorial)³. No existe ninguna referencia específica, dentro del Código de Administración Digital (2005) o en la legislación sobre el procedimiento administrativo, al uso de algoritmos a efectos de la automatización de las actividades de las Administraciones Públicas. Por lo tanto, por ahora es sobre todo la jurisprudencia administrativa italiana la que ha puesto límites importantes a la posibilidad de recurrir a la llamada decisión administrativa algorítmica⁴.

En cambio, la legislación española sobre actuación administrativa automatizada es una de las más avanzadas del mundo. Fue promulgada en 2007 y se ha mantenido sin cambios en la Ley de Procedimiento Administrativo de 2015⁵. España ha aprobado hace años una regulación de la actuación administrativa automatizada: no sólo desde la perspectiva de la protección de datos, sino una regulación general (artículo 41 de la Ley 40/2015, de Régimen jurídico del sector público⁶) que coloca la actuación administrativa automatizada en el marco del principio de legalidad (*rule of law*). A nivel europeo, la Comisión Europea, como es bien sabido, publicó una propuesta de reglamento ya en 2021, que ha sido aprobada por el “trilogo” europeo el 14 marzo 2024, pero en cualquier caso su aplicación no podrá tener lugar antes de 2026. Es bueno preguntarse si la regulación prevista por la Unión, aplicable tanto a los agentes privados como a las administraciones públicas, garantiza el respeto del interés público (*public values*) y ofrece garantías adecuadas a los ciudadanos. Y preguntarse, hasta que el reglamento europeo sea concreto y eficaz, qué pueden hacer las administraciones públicas, especialmente las locales.

2. Administración electrónica e inteligencia artificial

Administración electrónica y IA no son sinónimos. La “digitalización” y la “Administración electrónica”, que tan destacado papel tuvieron en la reforma que llevó a la aprobación de las Leyes 39 y 40/2015, son un fenómeno muchísimo más amplio y genérico que la aplicación de la inteligencia artificial. Cualquier forma de “informatización” en la actividad administrativa puede incluirse en el epígrafe de digitalización o de Administración electrónica, aunque, de hecho, el cambio más destacado es, sin duda, el que se ha producido en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, con la obligación de relacionarse electrónicamente con ella, sobre todo a la hora de presentar solicitudes y documentación y de recibir notificaciones. Salta a la vista que esta digitalización no incluye necesariamente a las predicciones algorítmicas ni a la inteligencia artificial.

² Art. 3bis (Uso della telematica) «1. Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati».

³ Art. 30 (Uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici) «1. Per migliorare l'efficienza le stazioni appaltanti e gli enti concedenti provvedono, ove possibile, ad automatizzare le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti, nel rispetto delle specifiche disposizioni in materia».

⁴ C. Benetazzo, *Intelligenza artificiale e nuove forme di interazione tra cittadino e pubblica amministrazione*, en *Federalismi.it*, n. 16/2020

⁵ E. Gamero Casado, *Sistemas automatizados de toma de decisiones en el derecho administrativo español*, en *Revista General de Derecho Administrativo* 63 (2023)

⁶ Artículo 41. Actuación administrativa automatizada. «1. Se entiende por actuación administrativa automatizada, cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público.

2. En caso de actuación administrativa automatizada deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, 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. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación». Esta norma general es ahora desarrollada por el artículo 13 del Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, aprobado por Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo.

Sin duda, la Administración electrónica ayuda a la introducción de mecanismos de inteligencia artificial porque facilita la acumulación y estructuración de los datos, que son el primer paso hacia ese resultado que son las predicciones algorítmicas. El núcleo (y lo que realmente viene funcionando en la práctica como sistemas de inteligencia artificial) son aplicaciones que, a partir del análisis de grandes cantidades de datos, llevado a cabo con fórmulas matemáticas muy potentes (“algoritmos”, aunque la palabra tiene un significado mucho más amplio), producen predicciones o juicios que sirven para tomar decisiones.

Inteligencia artificial es una expresión muy genérica que hace referencia a todo lo que suponga la realización por ordenadores de tareas que anteriormente exigían la intervención humana o que se consideran características del ser humano por exigir alguna forma de razonamiento. No se trata, obviamente, de la sustitución del ser humano en todo tipo de tareas intelectuales.

El reciente Reglamento de la Unión”, aprobado por el Parlamento Europeo el 14 marzo 2024, define “sistema de inteligencia artificial (sistema de IA)”, como “el software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, *generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa*”.

Se trata, como es evidente, de un fenómeno amplísimo, que puede utilizarse (y se utiliza) tanto en el sector privado como en el público. De hecho, el sector público va a remolque del sector privado, en el que existe desde la década de 2010 toda una economía basada en la explotación de los datos, que ha lanzado a las grandes empresas tecnológicas a los primeros lugares por capitalización bursátil.

Normalmente, las decisiones se basan en un razonamiento. Si un banco trata de analizar el riesgo de una operación para decidir si otorga, o no, un préstamo, se examinan los datos disponibles y se toma la decisión, buscando argumentos que indiquen si parece que el cliente va a devolver el crédito, o no. Las predicciones algorítmicas suponen un enfoque diferente. Primero obtenemos datos (cuantos más, mejor) sobre operaciones de crédito anteriores, de las que ya se sabe si resultaron buenas o malas (es decir, son datos *etiquetados*, puesto que de cada uno de ellos se sabe si corresponde a una operación fallida o exitosa)⁷. Conviene tener todo tipo de datos acerca de esas operaciones, no sólo los más evidentes (como la situación laboral o los ingresos del prestatario), sino también otros diferentes (desde la forma de contactar con el banco, hasta los hábitos de transporte del cliente) porque el análisis algorítmico puede mostrar que son reveladores y que permiten predecir razonablemente el resultado de una operación. Esos datos son analizados matemáticamente para intentar hallar *correlaciones*. El resultado final es una especie de “baremo” (escala), compuesto por múltiples parámetros dotados de un peso mayor o menor en el resultado final. El baremo consiste, por decirlo así, en un retrato robot (gracias al algoritmo) del cliente solvente, con el objetivo de saber, ante un nuevo solicitante de crédito, si será solvente o no⁸.

Desde este punto de vista, los algoritmos son “conservadores”, en el sentido de que parten de la base de que el futuro será como el pasado, es decir, de que quienes se parecen a aquellos que en el pasado tendían a no pagar sus deudas, tendrán la misma tendencia a no hacerlo. Salta a la vista que esto puede colocar en desventaja a quienes se encuentran en grupos desfavorecidos: por lo tanto, hay que prescindir de factores que, como ocurre con la religión, el sexo o la raza, no pueden ser utilizados para otorgar un trato diferente.

⁷ Este es precisamente el caso que fue sometido a la evaluación del Corte de Justicia Europea, para saber si una decisión de este tipo, asunto de forma totalmente automatizada, está permitida o no. Ver más abajo, infra § 6

⁸ En las palabras de A. Huergo Lora, *Administraciones públicas e inteligencia artificial: ¿más o menos discrecionalidad?* en El Cronista del Estado social y democrático de derecho, n. 96-97/2021

3. Diferentes sistemas de IA, diferentes usos, diferentes límites.

Para responder a las preguntas que acabamos de plantear, también es necesario considerar los riesgos y oportunidades relacionados con los sistemas de IA.

Con referencia al uso de sistemas de IA dentro de las administraciones territoriales, en primer lugar, hay que considerar que los sistemas de IA basados en algoritmos deterministas (los llamados *sistemas expertos*, que funcionan con *hard rules*) se utilizan desde hace mucho tiempo en las administraciones públicas y no tienen un impacto tan disruptivo en las relaciones entre administración y ciudadanos. Su funcionamiento se basa en la lógica si-entonces (*if-then*): es la AP que decide las instrucciones a dar a la máquina, e esta última llega a *outputs* a través de pasos predefinidos y predeterminados por el programador, explicables y rastreable hacia atrás. Este mecanismo plantea un problema de comprensibilidad y accesibilidad, es decir, de traducción de norma técnica en norma jurídica, como observó el Consejo de Estado (2270/2019; 881/2020), pero el recorrido decisional es cierto, y puede ser reconstruido, explicado y corregido *ex post*.

Sin embargo, los sistemas expertos no son capaces de ofrecer un alto rendimiento y desde hace algún tiempo la administración está experimentando y utilizando algoritmos más complejos y sofisticados que auto aprenden desde la experiencia (el llamado *Machine learning/ML* y *Deep learning/DL*), imitando las conexiones típicas de las redes neuronales del cerebro humano. Los resultados que estos sistemas pueden asegurar son sorprendentes: son capaces de extraer conocimiento de enormes cantidades de datos y traducirlos en predicciones, recomendaciones y decisiones que son el resultado de la lógica de inferencia estadístico-probabilística. El problema, sin embargo, es que ni el programador ni la máquina son capaces de dar explicaciones de por qué, dados ciertos *inputs*, el sistema llega a ciertos *outputs*. Esta característica, expresada con el término *black box*, nos impide explicar las razones de una decisión, rastrear su lógica e incluso comprender qué datos, entre los muchos datos de entrenamiento de la máquina, se consideraron relevantes para el proceso decisional. Si hay errores en los *outputs*, además, esta opacidad impide localizar y corregir el error⁹.

Por lo tanto, está claro que los algoritmos de autoaprendizaje potencialmente entran en conflicto con los principios de publicidad y transparencia de decisiones públicas, así como con el principio de motivación de las decisiones individuales del art. 3 de la ley. 241/90 e del arte. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Esto no significa excluir *a priori* el uso de este tipo de algoritmos por parte de la AP, ya que los problemas pueden ser mayores o menores dependiendo del uso que se haga de ellos. De hecho, una cosa es utilizarlos para gestionar un *chatbot* (software que simula una conversación) o extraer conocimiento de datos para orientar políticas públicas (ambientales, de movilidad urbana, seguridad pública) o actividades de vigilancia, situaciones que presentan riesgos limitados; otra cosa es un su uso en funciones de toma de decisiones con impacto individual. Establecer la concesión de una beca/financiación o admisión a una Universidad utilizar algoritmos de aprendizaje automático es una operación de alto riesgo, tanto por la inexplicabilidad de la decisión, como por sesgos (*bias*) que puedan estar contenidos en los datos de entrenamiento o en la programación del sistema. Por tanto, el problema no es prohibir o permitir el uso de la IA en general, sino hacer las distinciones necesarias y proporcionar reglas adecuadas, dependiendo de las aplicaciones, del uso e de las finalidades que la caracterizan.

4. Inteligencia artificial y decisiones publicas

La idea básica es que la utilización de algoritmos ayuda a *objetivar* decisiones, desplazando, en todo o en parte, a factores *subjetivos* que tradicionalmente vienen utilizándose para tomar decisiones. El

⁹ B. Marchetti, *Intelligenza artificiale, poteri pubblici e rule of law*, cit.

algoritmo elimina el factor subjetivo (es una predicción, no un “pálpito”) y, además, los factores objetivos que se tienen en cuenta son factores cuya relevancia está justificada por los hechos. En el ejemplo dado, es decir, se van a valorar aquellos factores que los datos demuestran que sirven para identificar a quienes han devuelto el préstamo, que representan estereotipos de personas que estamos tratando de identificar en el futuro. Otro ejemplo: la calificación de los estudiantes para el acceso universitario. Con los datos relativos a la trayectoria académica de los alumnos de los años anteriores, se halló un algoritmo que calculaba la nota que habrían obtenido en el examen.

Una de las claves de los sistemas algorítmicos o de inteligencia artificial es que llegan al resultado a través de correlaciones, *no de relaciones de causalidad*, como ocurre en los razonamientos usuales. Por decirlo de otro modo, los sistemas de inteligencia artificial son ciegos, hacen predicciones sin tener ningún sensor que les permita detectar el objeto de la predicción. Para ello utilizan lo que se denominan *proxies*, es decir, detectan otras cosas que suelen coincidir con ese objetivo que se intenta predecir, y que sí son fáciles de detectar (por ejemplo, la abundancia de citas o de críticas favorables como proxy de la calidad de un curso o de un restaurante).

Los análisis de datos masivo pueden identificar correlaciones que se escapan a “la doctrina” y al ojo experto. Esto puede ser útil, por ejemplo, en medicina, porque no sólo abarata la prestación del servicio (la predicción algorítmica es casi gratuita, una vez amortizado el coste fijo de la adquisición de la licencia de uso) sino que puede ir más allá del ojo humano, frecuentemente lastrado por los prejuicios cognitivos o de formación y porque su experiencia será siempre limitada.

Las predicciones algorítmicas requieren tres elementos: datos, algoritmos y capacidad de computación. Los datos son, obviamente, imprescindibles. Es necesario, además, que estén estructurados y etiquetados: decenas de metros lineales de sentencias archivadas no permiten hacer ninguna predicción si antes no se extraen los elementos principales de cada una de ellas (el fallo, el órgano que decide, el ponente, las partes, etc.).

Por lo que respecta a los algoritmos, es decir, las “fórmulas” matemáticas que permiten trabajar con los datos, hallar correlaciones y producir predicciones, son invenciones científicas que no están protegidas, sino que han sido publicadas por vías académicas y son de uso común.

En cambio, los sistemas de inteligencia artificial que permiten obtener predicciones concretas, basados en esos algoritmos, sí están protegidos, normalmente como secreto empresarial, y tienen valor en el mercado. La expresión usual es que los datos sirven para “entrenar” a los algoritmos, es decir, para ajustar sus predicciones. Por último, se necesita capacidad de computación, que proporciona el soporte para la inmensa cantidad de cálculos necesarios para que funcione un sistema de inteligencia artificial.

Los sistemas de inteligencia artificial deben ser ajustados jurídicamente para evitar que utilicen (para tratar de modo diferente a sus destinatarios, por supuesto) factores que el artículo 14 CE (sexo, raza, religión, etc) prohíbe que se tengan en consideración (por lo menos en decisiones de poderes públicos).

En segundo lugar, puede haber problemas como consecuencia de los datos utilizados, porque, como ya hemos visto, el algoritmo tiende a reproducir en el futuro los patrones del pasado y esto no siempre se corresponde con la realidad.

En tercer lugar, hay un problema de transparencia. En los casos más sencillos, el algoritmo calcula algo parecido a un baremo a partir del análisis de los datos que se le suministran. Pero, con frecuencia, el baremo es muy complejo y no es fácil determinar el peso exacto de cada uno de los factores que tiene en cuenta el algoritmo para llegar a su conclusión. Esto también por la cantidad y variedad (granularidad) de los datos, así como por la opacidad del mecanismo de toma de decisiones en sistemas de IA que auto aprenden (*black box*).

5. Administración automatizada vs. Administración con asistencia algorítmica

La opinión pública no parece muy favorable a la sustitución de la decisión humana por la inteligencia artificial: en Italia acaba de ser publicado el informe Censis 2024, que muestra como el 71,3% cree que con la expansión de las aplicaciones de Inteligencia Artificial aumentarán los problemas de seguridad de los sistemas informáticos y los riesgos de ciberdelincuencia; el 66,3% cree que todos estaremos controlados por algoritmos, por lo que habrá la fin de la privacidad de los ciudadanos, por no hablar del 68,3%, para el cual aumentarán las noticias no verificables, por lo que ya no podremos distinguir lo verdadero de lo falso, con grandes riesgos para las democracias. Sólo el 31,3% cree que las ciudades serán más seguras.

Hay que mirar la cuestión con más de racionalidad. La sustitución de la decisión humana por la inteligencia artificial puede realizarse de dos formas¹⁰, como algún Autor ha apuntado: una primera, en la que la intervención humana es decisiva y ésta únicamente se sirve de la tecnología o sistema de inteligencia artificial como auxilio, por lo que las garantías jurídicas se respetan, siempre y cuando la decisión adoptada por el funcionario público correspondiente esté debidamente motivada (actos con asistencia algorítmica); una segunda en la que la decisión administrativa basada en algoritmos es adoptada por una máquina en ausencia de intervención humana en la fase de toma de decisiones (actos automatizados)¹¹.

No cabe duda de que se puedan utilizar sistemas inteligentes cuando se trata de automatizar actividades instrumentales, que pertenecen a la fase meramente preliminar del procedimiento. Las perplejidades suben cuando los sistemas inteligentes para la emisión misma de actos administrativos externamente relevantes, con impacto individual (los que la doctrina italiana llama, precisamente, "provvedimenti amministrativi")¹². En este caso parece difícil sustituir *in toto* la decisión del funcionario responsable, que tenga un impacto individual, por un algoritmo: más bien, es posible imaginar que el funcionario responsable del procedimiento haga un uso útil de los sistemas de Inteligencia Artificial para poder llevar a cabo más rápidamente y con mayor precisión las actividades de la fase de investigación preliminar¹³.

El uso de sistemas de IA, más allá de la distinción entre los actos internos/externos, puede luego articularse aún más sobre la base del hecho de que las decisiones que se deben tomar (con o sin la asistencia del ser humano) sean regladas/obligadas o discrecionales.

La hipótesis más sencilla de tratar es evidentemente la de los actos reglados, que sean asumidos con asistencia algorítmica. Es sabido que en muchos países las administraciones públicas ya llevan algunos años utilizando sistemas de inteligencia artificial, especialmente en relación con las actividades administrativas llamadas "regladas/obligadas": es decir, donde no hay (o eso se cree) margen de discrecionalidad y apreciación en la decisión administrativa.

Ya existe una regulación de la actuación administrativa automatizada y no sólo desde la perspectiva de la protección de datos. En España, una regulación genérica se encuentra en el artículo 41 de la Ley 40/2015, ahora desarrollado por el artículo 13 del Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, aprobado por Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo¹⁴. Esta regulación parte de la idea básica de que es necesaria una previsión normativa que autorice en cada caso que la actuación administrativa se lleve a cabo de forma automatizada.

¹⁰ A. D. Berning Prieto, *El uso de sistemas basados en inteligencia artificial por las Administraciones públicas: estado actual de la cuestión y algunas propuestas ad futurum para un uso responsable*, en Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. 2023, (20), 165-185

¹¹ E. Carloni, IA, algoritmos y Administración pública en Italia, Revista de Internet, Derecho Y Política, n. 30/2020

¹² D.U. Galetta, *La pubblica amministrazione oggi, tra intelligenza artificiale e intelligenza umana*, en J. B. Auby, G. De Minico, G. Orsoni (coord.) *L'amministrazione digitale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2023, p. 121 e ss.

¹³ C. Benetazzo, op. cit.

¹⁴ Artículo 41. Actuación administrativa automatizada. «1. Se entiende por actuación administrativa automatizada, cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público».

Los sistemas de inteligencia artificial aplicados por las Administraciones Públicas han funcionado y funcionan al margen de las normas, cumpliendo alguna de las funciones administrativas regladas, resoluciones en las que el algoritmo *no* introduce ningún elemento nuevo, que no esté en la norma, en presencia de un ser humano vigilante. Sin embargo, en las actuaciones administrativas regladas es necesario determinar claramente los hechos: por muy reglado que sea un acto, es preciso acreditar en el caso concreto que se ha producido el supuesto de hecho.

En esta situación (resoluciones en las que el algoritmo *no* introduce ningún elemento nuevo, sino ayuda al funcionario a decidir) se habla de simple "*asistencia algorítmica*": es el caso, por ejemplo, de las aplicaciones que realizan sorteos, o que se utilizan en procedimientos complejos de asignación de recursos escasos (concursos de traslados de funcionarios, asignación de plazas etc.). Pero, mientras que en el primer caso nos encontramos ante actuaciones aisladas, en las que es perfectamente posible contrastar la actuación producida con asistencia algorítmica y la que se habría podido producir sin ella, y comprobar, por tanto, que el algoritmo no se ha desviado de la aplicación de la ley, en el segundo caso se trata de actuaciones encadenadas, de forma que cada una de ellas influye en el punto de partida de la siguiente. Por ejemplo, la asignación de la primera plaza afecta a las plazas disponibles para los siguientes participantes. Por consiguiente, ya no es tan fácil determinar cómo habría sido el resultado sin asistencia algorítmica y, a la hora de poner en marcha un control de la actuación realizada (judicial o no judicial, interno o externo), será imprescindible verificar cómo ha funcionado el algoritmo, para comprobar si ha sido fiel traducción del marco normativo o no.

En Italia, a pesar de la ausencia de una regulación general sobre el uso de procedimientos automatizados en la actividad administrativa, el Consejo de Estado reconoce desde hace tiempo la posibilidad de que la administración utilice algoritmos (deterministas) para tomar decisiones regladas/obligadas con impacto individual. Es bien conocida la historia del llamado algoritmo "buena escuela", que fue fuente de considerables litigios jurisdiccionales y sirvió de inspiración para una primera clasificación del fenómeno a través del desarrollo, por parte de nuestro juez administrativo, de importantes principios generales de referencia sobre la materia.

En resumen, para implementar la llamada Ley sobre la "buena escuela", el Ministerio de Educación italiano había decidido utilizar software para decidir sobre la asignación de puestos de trabajo a los profesores ganadores de concursos o en relación con sus solicitudes de movilidad. El software en cuestión estaba programado de tal manera que, una vez adquiridos los datos (normativa vigente, resultados de concursos, disponibilidad de lugares de servicio, puntuación final de los competidores etc.), elaboraba automáticamente las clasificaciones de asignación de plazas o transferencias. Sin embargo, los resultados insatisfactorios producidos por este "procesamiento automático" dieron lugar a importantes litigios que finalmente se centraron en dos problemas específicos: la necesidad de tener *acceso* al código fuente del software; y la necesidad de poder *cuestionar* las decisiones producidas "automáticamente" por el algoritmo.

El Consejo de Estado italiano, por su parte, afirmó, que ante «procedimientos en serie o estandarizado, que implican la tramitación de un gran número de solicitudes y se caracterizan por la adquisición de datos ciertos y objetivamente verificables y por la ausencia de cualquier apreciación discrecional (...) la encomienda de esta actividad a una computadora electrónica eficiente aparece como concretización del art. 97 de la Constitución (imparcialidad y buena administración) coherente con la evolución tecnológica actual»¹⁵. Por otra parte, el Consejo de Estado llamó la atención sobre un aspecto fundamental: es decir que «el uso de procedimientos informáticos no puede ser motivo para eludir los principios que conforman nuestro ordenamiento jurídico y que regulan el ejercicio de las actividades administrativas»¹⁶. En la misma perspectiva, una

¹⁵ Cons. St., sez. VI, sentenza 8 aprile 2019, n. 2270

¹⁶ Cons. St., sez. VI, sentenza 13 dicembre 2019 n. 8472

sucesiva pronuncia del Tribunal Administrativo Regionale de Lazio del 2021 relativa al uso de algoritmos por parte del MUR destaca que «el algoritmo es una expresión directa de la actividad realizada por la administración pública que es sin duda una actividad de interés público ya que afecta a la organización del servicio público que representa la educación pública y, de hecho, el mencionado algoritmo entró en el procedimiento como elemento decisivo y está, sin embargo, en posesión permanente de la misma administración ministerial que lo encargó y, por tanto, utilizado para sus propios fines»¹⁷. El algoritmo es parte de la actividad procedimental de la AP, y como tal debe estar sometido integralmente a las reglas del procedimiento administrativo (ley general n. 241/1990).

6. Inteligencia artificial y actos discrecionales

Otro nivel es lo que se alcanza cuando los sistemas inteligentes afectan al contenido de la actuación administrativa, en la medida en que proporcionan criterios a la AP para elegir entre distintas opciones, todas posible y legítimas. Por ejemplo, cuando se utilizan algoritmos para establecer a quién se inspecciona o a quién se selecciona para un determinado puesto.

En este caso se trata de actos que no son completamente reglados, puesto que, si lo fuesen, su contenido se derivaría directamente del marco normativo y ni los operadores humanos ni los sistemas de inteligencia artificial tendrían nada que aportar.

Es necesario cuestionar la posibilidad de utilizar la IA en caso de actos *discrecionales*, llegando a sustituir la elección humana (automatizados), o si estos tipos de actos deben considerarse reservados a la decisión humana, que eventualmente haga uso de la asistencia algorítmica.

Hay autores que afirman que la inteligencia artificial puede contribuir a *reducir* la discrecionalidad, en la medida en que algunas decisiones que actualmente tienen esa característica (la de ser decisiones discrecionales) pasarían a fundamentarse en datos, es decir, en predicciones basadas en datos y obtenidas a partir del análisis algorítmico de los mismos¹⁸. Hay que abordar si existe algún obstáculo de principio a la utilización de la inteligencia artificial para el ejercicio de potestades discrecionales, puesto que, ya de entrada, encontramos que una de las regulaciones más destacadas de la actuación administrativa automatizada, como es la de la legislación alemana de procedimiento administrativo, la descarta, directamente, en la actuación discrecional.

Una de las ventajas que se han atribuido a la inteligencia artificial (en su versión más intensa, es decir, las predicciones algorítmicas) es precisamente la reducción de la discrecionalidad. La inteligencia artificial utiliza un baremo en lugar del decisionismo individual, y no se trata de un baremo que sea el resultado, nuevamente, de una decisión discrecional tomada por el órgano competente para aprobar el baremo, sino de un baremo que surge a partir de las correlaciones que los algoritmos encuentran en los datos sometidos a su análisis.

Recordemos que los algoritmos operan con datos *etiquetados*, estructurados. Se les suministran miles de datos de operaciones crediticias anteriores, cada uno de los cuales tiene una etiqueta que dice si la operación fue exitosa o fallida (en términos de devolución, o no, del préstamo). Por tanto, la inteligencia artificial puede utilizarse para reducir la discrecionalidad, aunque en ciertos casos la discrecionalidad no desaparece del todo.

En cambio, el legislador alemán, en el párrafo 35a de Ley Federal de Procedimiento Administrativo, que regula la producción totalmente automatizada de actos administrativos, dice que la misma es admisible siempre que lo haya autorizado una norma jurídica (legal o reglamentaria) *y no exista discrecionalidad ni margen de apreciación*.

Hay que distinguir entre actuación administrativa automatizada e inteligencia artificial (en sentido de que son dos conjuntos que pueden solaparse en ciertos casos, pero que son diferentes).

¹⁷ T.A.R. Lazio, Roma, sez. III bis, 30 giugno 2021, n. 7769

¹⁸ A. Huergo Lora, *Administraciones públicas e inteligencia artificial: más o menos discrecionalidad?* en El Cronista del Estado social y democrático de derecho, n. 96-97/2021

En el caso de la actuación administrativa automatizada, es lógico que el legislador haya querido limitarla a la que es puramente reglada, es decir, a aquellos modelos que, como hemos visto *supra*, sólo sirven para facilitar la aplicación de las normas, que previamente han sido volcadas en un algoritmo. Y es igualmente lógico que la actuación administrativa automatizada se considere no aplicable a decisiones discrecionales con impacto individual.

El derecho a la intervención humana es una expresión del “humanismo digital” fuertemente apoyado por la UE. En este sentido, el arte. 22 del RGPD establece que “el interesado tiene derecho a no ser sometido a una decisión basada únicamente en un tratamiento automatizado”. Una primera e importante aplicación del derecho a la intervención humana es proporcionada por una recién sentencia de la Corte de justicia de la UE, en establecer que «el cálculo automatizado por parte de una empresa que proporciona información comercial de un índice de probabilidad basado en datos personales relativos a una persona, con referencia a su capacidad de cumplir con los compromisos de pago en el futuro, constituye un “proceso automatizado de toma de decisiones” de conformidad con el artículo 22 del RGPD»¹⁹. Proceso que, como tal, se considera prohibido.

Ahora bien, si hablamos no de producción automatizada de actos, sino de utilización de sistemas de inteligencia artificial como auxilio a la decisión humana (asistencia sin automatización), el margen es mucho más amplio.

Las predicciones algorítmicas, normalmente, mueven a la Administración a actuar en un determinado sentido en un contexto en el que aquélla dispone de un margen de actuación que le permite optar entre distintas opciones. En la medida en que el algoritmo contribuya a fundamentar el acto administrativo, al proporcionar la predicción en la que el mismo se basa, deberá estar sometido a supervisión humana, control jurídico, contradictorio con los interesados, sindicato de juez administrativo. Si la predicción algorítmica contribuye a la decisión administrativa, el algoritmo tiene que formar parte de esa motivación, puesto que, si no es así, se estarán ocultando una parte de los motivos²⁰.

Esta impostación ha sido confirmada por el Consejo de Estado italiano, que en tema de decisiones algorítmicas ha enunciado tres principios esenciales, que deben aplicarse tanto en el caso de actividad reglamentada como discrecional: 1) el principio de *cognoscibilidad*; 2) el principio de *no exclusividad algorítmica*, según el cual el individuo es titular del derecho a no ser objeto de una decisión exclusivamente automatizada, desprovista de cualquier intervención humana; 3) el principio de *no discriminación algorítmica*, según el cual el responsable del procedimiento deberá adoptar las medidas adecuadas para prevenir y eliminar posibles errores y evitar efecto discriminatorio²¹.

Es importante destacar la referencia en las sentencias del Consejo de Estado a fuentes supranacionales: por un lado, al principio de cognoscibilidad (referido en el art. 41 CDFUE) que, al enunciar el derecho a la buena administración, impone “la obligación de administración a indicar los motivos de sus decisiones”; por otra parte, al principio de no exclusividad de la decisión algorítmica que se deriva directamente del art. 22 del Reglamento UE sobre protección de datos personales 679/2016.

También es importante subrayar que la orientación anterior acerca del uso de la inteligencia artificial sólo en procedimientos reglados ha cambiado completamente, abriendo la posibilidad de adoptar decisiones automatizadas también en los procedimientos discrecional. Según el Consejo, ambos procedimientos son expresión de una autoridad administrativa que persigue un interés público: cada actividad de autoridad requiere una fase de evaluación y verificación de la decisión. En esencia, no existen razones concretas para limitar el uso de la IA únicamente a procedimientos reglados.

¹⁹ Corte de Justicia de la Unión europea, causa C-634/21 de 7 de diciembre de 2023

²⁰ A. Huergo Lora, *Administraciones públicas e inteligencia artificial*, cit.

²¹ Cons. Stato, sent. nn. 2770/2019 e 881/2020

La conclusión a la que ha llegado la justicia administrativa italiana es que, siempre que la predicción algorítmica aporte algo, tiene que estar sometida a control jurídico/procedimental. El marco argumental del uso de la inteligencia artificial por la Administración debería ser éste, es decir, el de someter los sistemas de inteligencia artificial a control jurídico allí donde contribuyan a determinar el contenido de la actuación administrativa.

En otras palabras, si podemos compartir la conclusión de que la inteligencia artificial puede contribuir a reducir la subjetividad inherente a las decisiones discrecionales individuales, también debe señalarse con la misma claridad que en ningún caso la decisión algorítmica individual puede ser completamente automatizada, ya que la presencia del hombre (*human in the loop*) es imprescindible, no sólo en términos de vigilancia activa del funcionamiento del sistema inteligente, sino también y sobre todo para que se pueda garantizar la supervisión final de la decisión formulada mediante el uso del algoritmo, tanto determinista (sistemas expertos) como de auto aprendizaje (*machine learning*). Como, además, está claramente previsto en el reglamento sobre IA de la Unión Europea.

En todo caso, es claro que la imputabilidad jurídica del error (y de la propia decisión) debe referirse siempre al ser humano titular del organismo de la administración pública. Y esto no sólo en cuestiones relacionadas con el tema de la "responsabilidad" (tanto entendido en sentido amplio como legalmente declinado), sino también de "aceptabilidad" de la decisión final adoptada.

7. El empleo de sistemas de inteligencia artificial por las administraciones públicas: experiencias prácticas.

Como se decía, la legislación española sobre actuación administrativa automatizada es una de las más avanzadas del mundo. En la actualidad, más de un tercio del sector público español utiliza sistemas de inteligencia artificial. Subsisten algunos problemas de cumplimiento del Derecho administrativo general, como el derecho de subsanación de las solicitudes, el derecho a presentar alegaciones frente a una propuesta antes de que se dicte una resolución denegatoria, la motivación de las resoluciones automatizadas o la transparencia de la programación. Pero a pesar de que cada día se adoptan miles de decisiones automatizadas, los litigios en este ámbito han sido hasta ahora meramente anecdóticos²².

Se están empleando cada vez con mayor frecuencia los sistemas de inteligencia artificial para asistir a los ciudadanos en general de forma automatizada, de forma que no es necesaria la presencia de personas, permitiendo que cualquier consulta pueda ser respondida a cualquier hora del día o la noche, sea festivo o no. Me refiero a los conocidos *chatbots*, como asistentes virtuales, que permiten resolver consultas sencillas o proporcionar información de carácter general sin necesidad de presencia ni intervención humana. De acuerdo con Ponce Solé²³, estos asistentes no deben tener encomendadas funciones decisorias, si bien estas soluciones pueden resultar útiles, sin duda, para proporcionar a los ciudadanos una atención rápida y directa sin desplazamientos cuando quieren recabar información genérica. Pero en ningún caso puede llegar a sustituir a la atención presencial, aspecto que recientemente se está descuidando, en algunos casos debido a la implantación de este tipo de servicios de teleasistencia robótica.

Otro ejemplo es la utilización de sistemas de inteligencia artificial como herramienta automatizada de cumplimentación de formularios o de comprobación automática de información aportada. Esta técnica es bien conocida ámbitos como el tributario, para las autodeclaraciones de impuestos, como

²² En las palabras de E. Gamero Casado, *Sistemas automatizados de toma de decisiones en el derecho administrativo español*, en Revista General de Derecho Administrativo 63 (2023)

²³ J. Ponce Solé, *Seres humanos e inteligencia artificial: discrecionalidad artificial, reserva de humanidad y supervisión humana*, en E. Gamero Casado (dir.) y F. L. Pérez Guerrero (coord.), *Inteligencia artificial y sector público: retos, límites y medios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 198

sucede con el programa «Renta Web», práctica que es ya habitual y no suele presentar inconvenientes, más bien al contrario, suponen una facilidad para el administrado, quién únicamente se debe preocupar de comprobar que los datos proporcionados son correctos y adicionar aquellos no incluidos.

Mas allá de estas primeras experiencias, y en general, las entidades locales deben dotarse de una estrategia propia en materia de transformación digital, con una visión a medio y largo plazo. Eso implica un cambio cultural, la selección de nuevos perfiles profesionales, formación continua, movilidad de puestos de trabajo. Algunas administraciones públicas están trabajando en esta línea, como Generalitat de Catalunya que trata desplegar un nuevo modelo basado en la escucha activa de la necesidades, expectativas, satisfacción y comportamiento de la ciudadanía, para favorecer su acceso a los servicios públicos digitales; comunicación directa y con un lenguaje fácil y accesible (Espacio de experiencia ciudadana), para testear con la ciudadanía los servicios publico digitales antes de su puesta en funcionamiento. Además, la Generalitat trata de ofrecer servicios innovadores y eficientes, en condición de igualdad, accesibilidad, servicios inclusivos y personalizados. Las Agendas y los Planes de digitalización representan los principales instrumentos ejecutivos: *Consortio Localret*, del que forman parte más de 850 ayuntamientos de Catalunya, y que mediante un proceso participativo, ha elaborado una agenda digital de los municipios de Catalunya. Por todo esto es necesario transitar de un modelo tradicional “docucéntrico” a un modelo “datacentrico”, que permita evolucionar hacia una administración inteligente (datos de buena calidad, fiables y interoperables, y infraestructuras que lo posibiliten)²⁴. La gobernanza de los datos permite la personalización y calidad en la prestación de servicios público; eficacia y eficiencia; inclusión; transparencia; reutilización de las informaciones del sector público; participación ciudadana.

Igual de proactivo es el Ayuntamiento de Barcelona, que ha elaborado un documento de “Definición de metodologías de trabajo y protocolos para la implementación de sistemas algorítmicos” en el que establece exigencias de (i) transparencia en el procedimiento, a fin de suministrar información pública relativa al sistema algorítmico o al proceso seguido en el desarrollo y la aplicación de dicho sistema y de los datos utilizados, de forma que, en caso de derivarse daños por el uso de sistemas de inteligencia artificial, pueda detectarse su origen y causas; (ii) transparencia técnica, en virtud de la cual todo proveedor de sistemas algorítmicos deba facilitar a la Administración información acerca del funcionamiento técnico de los mismos, incluyendo el código fuente, especificaciones técnicas, los datos utilizados y el proceso de obtención de los mismos, la justificación de la elección del modelo concreto y sus parámetros, así como información sobre el rendimiento del sistema; y (iii) explicabilidad, en el sentido de conocer los factores clave que han llevado a un sistema algorítmico a un resultado concreto y los cambios que tienen que hacerse en los datos de entrada con el fin de obtener un resultado diferente. Este último requisito es de extrema importancia no sólo para poder llevar a cabo auditorías de los sistema de inteligencia artificial basados en algoritmos, sino también y más importante, para la motivación de los actos administrativos en los casos exigidos ex artículo 35 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), toda vez que la motivación consiste precisamente en poner de manifiesto las razones de hecho y de derecho que justifican una determinada decisión, y su ausencia en los casos exigibles podría dar lugar a supuestos de invalidez de los actos dictados prescindiendo de la debida motivación.

El Plan de digitalización de las AP 2021-2025 define la estrategia en materia de administración digital y servicios publico digitales. Objetivo es la implementación de servicios digitales, accesibles, eficientes, seguros y fiables; el establecimiento de políticas públicas basadas en datos, la

²⁴ Todas estas primeras experiencias están bien descritas por M. A. Moro Cordero, *Organización y gobernanza de la Inteligencia artificial en las entidades locales*, en E. Gamero Casado (dir.) y F. L. Pérez Guerrero (coord.), *Inteligencia artificial y sector público: retos, límites y medios*, cit.

modernización de la gestión de datos y la democratización en el acceso a las tecnologías emergentes. El nuevo concepto de administración digital tiene como pilares el despliegue de la gestión inteligente (Smart cities) y la incorporación de las tecnologías disruptivas con el doble objetivo de mejorar y fortalecer la relación entre las administraciones públicas y la ciudadanía, pero a la vez aportar valor público a la sociedad.

Con un empleo cada vez más habitual de sistemas de inteligencia artificial por parte de las administraciones públicas, ninguna duda cabe de que su adquisición se llevará a cabo, fundamentalmente, mediante procedimientos de adjudicación regulados por la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP, en adelante). Las vicisitudes prácticas a que puede dar lugar su empleo hacen necesaria una correcta regulación no sólo en su empleo, sino también a la hora de adquirir tales soluciones basadas en inteligencia artificial, toda vez que de ello dependerá su posterior utilización y el grado de transparencia o explicabilidad que puedan ofrecer los sistemas. Sobre todo, una gestión consciente de los procedimientos de licitación requiere personal altamente calificado, para evitar un condicionamiento excesivo por parte de las empresas que producen sistemas de inteligencia artificial.

En este sentido, el nuevo Código de contratos públicos italiano, aprobado en 2023, permite el uso de procedimientos automatizados, pero establece condiciones rigurosas de legitimidad para su celebración, que requieren una cualificación sustancial de las entidades adjudicadoras²⁵.

El uso de la inteligencia artificial en las decisiones públicas requiere, en definitiva, una administración muy talentosa: capaz de comprender la "lógica" de las decisiones robóticas, capaz de garantizar que el poder digital se ejerza en condiciones técnicas que aseguren su verificabilidad y permitan la corrección de errores, dotada de competencias que le permiten garantizar la supervisión humana incluso ante el uso de sistemas de inteligencia artificial, capaz de organizarse para garantizar la ausencia de discriminación algorítmica.

El papel de las Comunidades autónomas/Regiones es fundamental desde este punto de vista, porque permite una diferenciación de las normas en función de las especificidades de las administraciones locales y permite un mejor desarrollo de capacidades del sistema territorial. En un contexto en el que el riesgo de la aplicación de algoritmos "privados" es evidente, tanto porque son propietarios como porque están diseñados y construidos dentro de los paradigmas de los mercados digitales, la función del público pasa a ser también la de *gobernar el algoritmo* y la capacidad de determinar soluciones diferenciadas para los servicios y las funciones públicas²⁶.

Si el algoritmo es un criterio de poder, es necesario contar con capacidades públicas para supervisar su uso, pero también para producir algoritmos públicos que incorporen los principios y valores de la administración democrática. Bajo este perfil, la función de dirección y coordinación de las Regiones debe convertirse esencialmente en la capacidad global de los sistemas administrativos territoriales.

8. Artificial Intelligence ACT: la estructura del reglamento UE

Como es sabido, regular la IA -o más bien las IA- es una operación muy compleja, y no es casualidad que los países involucrados en el desarrollo y la investigación en el sector (Estados Unidos y China) están lejos, por diversas razones, de la adopción de una disciplina satisfactoria.

Las razones de esta complejidad son conocidas: la velocidad de los avances tecnológicos hace obsoletas las regulaciones, a menudo confiadas a las asambleas parlamentarias; además, si las características de la IA sugieren un enfoque de precaución (pensemos en la IA generativa, que

²⁵ Art. 30 del Decreto Legislativo 36/2023. (Uso de procedimientos automatizados en el ciclo de vida de los contratos públicos) «1. Para mejorar la eficiencia, los poderes adjudicadores y los organismos otorgantes automatizarán, cuando sea posible, sus actividades utilizando soluciones tecnológicas, incluidas la inteligencia artificial y las tecnologías de contabilidad distribuida, de conformidad con las disposiciones específicas sobre el asunto».

²⁶ E. Carloni, *La differenziazione attesa, la differenziazione praticata: spunti su autonomie regionali e digitalizzazione pubblica*, en *Ist. Federalismo*, n. 2/2023, p. 313

permite la creación de nuevos contenidos, como texto, imágenes, música, audio y vídeo y la alarma que está generando entre sus propios desarrolladores), reglas demasiado rígidas pueden ser tecnológicamente insostenibles y terminar inhibiendo la investigación y desarrollo de IA. Por último, estas dificultades se ven afectadas por la competencia entre los principales actores globales, que temen que una fuerte regulación pueda traducirse en una ventaja para los competidores y en peligro en términos de seguridad nacional. Por lo tanto, cualquier crítica a la propuesta europea debe partir de estas premisas²⁷.

El Reglamento UE (IA Act) ha alcanzado la aprobación final en diciembre 2023, tras un intenso debate con el Parlamento y el Consejo que dio lugar a numerosas propuestas de enmienda al texto original. Su fundamento jurídico en el artículo 114 del TFUE (que prevé la adopción de medidas destinadas a garantizar la creación y el funcionamiento del mercado interior) y, como reglamento, es directamente aplicable en todo el territorio de la Unión y puede determinar restricciones uniformes, con el objetivo de establecer un marco regulador homogéneo y en general rígido para los Estados miembros, salvo ciertos márgenes de maniobra y apreciación para la regulación de *sandboxes* y códigos de conducta, para la organización interna de los Estados y para el régimen sancionador.

Cabe señalar que está en marcha una especie de proceso real de recentralización de las fuentes en el ámbito del Derecho eurounitario. La Unión Europea está desarrollando una arquitectura regulatoria muy compleja para regular los fenómenos digitales. Si bien es cierto que hasta ahora la innovación de mayor alcance ha sido la relativa al ámbito de la protección de datos personales, que se produjo con la adopción del Reglamento UE 2016/679 (en adelante RGPD), existen normas importantes que también se refieren a otros aspectos del fenómeno digital que han sido aprobadas por las instituciones europeas. Tomemos, por ejemplo, la DMA y la DSA en lo que respecta al mercado digital, o la Ley de Gobernanza de Datos y la Ley de Datos en lo que respecta a la gobernanza de datos, sin ignorar, no obstante, el Reglamento e-Privacidad, que completará el diseño trazado por el RGPD.

El Reglamento UE se inscribe en este marco jurídico y muestra una clara preferencia por la regulación del fenómeno, en un ámbito en el que la tendencia a la desregulación es frecuente, delegando la delimitación del funcionamiento de los derechos al mercado y a sus operadores y libertad. Incluso el tipo de instrumento elegido -es decir, el Reglamento en lugar de la Directiva, como en el caso de la protección de datos- denota la voluntad regulatoria de establecer restricciones uniformes y directamente aplicables en el territorio europeo.

La *ratio* del legislador europeo es, por un lado, regular los fenómenos de manera uniforme y respetuosa con los derechos y libertades de las personas, y por otro, evitar que este marco comprometa el desarrollo de la tecnología, así como las capacidades competitivas de los actores privados. Bajo este perfil, llama la atención la (necesaria) integración entre la Europa del mercado y la Europa de los derechos.

No hay duda de que la Inteligencia Artificial (IA) necesita algún tipo de regulación. No sabemos exactamente cuáles son los riesgos, también porque no sabemos qué podrá hacer la IA en seis meses o tres años. Pero sabemos que existen riesgos.

Frente a una tecnología disruptiva y que evoluciona muy rápidamente, el legislador europeo ha elaborado un Reglamento largo, tortuoso y muy difícil de interpretar, que se parece más a una ley habilitante que a una regulación efectiva; un texto lleno de incertidumbres y ambigüedades. La Ley de IA se compone de unos 80 artículos; de 88.610 palabras. Entre delegaciones y reglamentos, se pide a la Comisión que emita más de 70 actos reglamentarios posteriores, algunos de los cuales tocan el núcleo de la disposición: por ejemplo, la definición de lo que se entiende por "alto riesgo". La expresión "derechos fundamentales" aparece 170 veces; en 117 casos va acompañado de la palabra "seguridad" y en 74 casos de la palabra "salud". Quizás *repetita iuvant*; pero aquí las

²⁷ B. Marchetti, op.cit.

repeticiones dan la impresión de que existe una gran incertidumbre sobre lo que podría representar riesgos para los derechos, la salud y la seguridad; y que es necesario prever casos individuales, excepciones, refuerzos, excepciones y delegaciones para referencia futura.

El AI Act propone una regulación basada en el riesgo de los sistemas de IA y distingue entre sistemas prohibidos por riesgo inaceptable (art. 5: por ejemplo, los sistemas de puntuación social/social scoring y de identificación biométrica en tiempo real en espacios públicos), sistemas de alto riesgo (art. 6 y anexo III: es decir, aquellos que provocan un riesgo significativo para la seguridad, la salud, el medio ambiente o los derechos fundamentales de las personas) y sistemas con riesgo mínimo o bajo, sujetos únicamente a obligaciones de información.

Los sistemas de alto riesgo -que incluyen casi todos los utilizados por las administraciones públicas- están sujetos a un control ex ante y al cumplimiento de obligaciones precisas, cuyo resultado positivo irá seguido de una declaración y de la marca de conformidad UE. Para garantizar el cumplimiento de los principios antes mencionados, las empresas deben dotarse de órganos de evaluación compuestos por expertos. Sin embargo, esto puede comportar mayores costos y tiempo, y no garantizar la velocidad que requiere la innovación y la implementación de nuevas tecnologías.

Los efectos de la Ley de IA serán evaluables sólo después de que se hayan emitido los actos regulatorios posteriores, incluidas las normas nacionales para establecer autoridades ad hoc en cada país, y mucho dependerá de cómo los Estados miembros implementen la legislación. Un riesgo es que se establezcan fuertes autoridades europeas y nacionales, que ya están equipadas con personal especializado en muchos temas diferentes (porque esto es lo que establece la Ley de IA), que intentarán legítimamente operar según lo exige el AI Act y terminaran cargando a las empresas con reglas técnicas, entrando en conflicto con las autoridades sectoriales (por ejemplo, los bancos centrales o las autoridades de privacidad): tal resultado sería un obstáculo para la innovación en la Unión Europea.

Para supervisar y controlar la correcta aplicación de la AIA, como ya prevé otras normas de origen europeo, el legislador establece diferentes niveles de gobernanza, tanto a nivel supranacional como nacional. En cuanto al primer nivel, está identificado por el art. 56 AIA el Comité Europeo de Inteligencia Artificial (el "Comité"), compuesto por representantes de las autoridades nacionales homólogas y de la Comisión, así como por el Supervisor Europeo de Protección de Datos, lo que confirma la fuerte conexión existente entre ambos temas.

En cuanto a las autoridades nacionales, a las que el legislador, en el art. 59 del Reglamento propuesto, se observa que hasta la fecha no parece haber ninguna disposición precisa que identifique los criterios para la identificación, dejando así a los Estados una amplia discreción, si no la única disposición, de que estas Autoridades deben organizarse y gestionarse de manera que se salvaguarde «la objetividad e imparcialidad de sus tareas y actividades» y esté formado por personas que tengan «habilidades y conocimientos que incluyan una comprensión profunda de las tecnologías de Inteligencia Artificial, datos y cálculo de datos, derechos fundamentales, riesgos para la salud y seguridad y comprensión de las normas y requisitos legales existentes».

En este sentido, el Comité Europeo de Protección de Datos (EDPB) y el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD), a través de un dictamen conjunto, subrayó que «la designación de autoridades de protección de datos como autoridades nacionales de control sobre la IA garantizaría un enfoque reglamentario más armonizado y contribuiría a la adopción de una interpretación coherente de las disposiciones sobre tratamiento de datos, así como a evitar contradicciones en su aplicación en los distintos Estados miembros». El parlamento italiano, aunque no se inclina abiertamente por ninguna opción, parece estar más cerca de la posibilidad de identificar la autoridad de control en una autoridad ya existente, como el Garante para la protección de datos personales.

9. El papel de los Estados miembros

La comercialización de sistemas de IA está sujeta al control por parte de cumplimiento de los requisitos establecidos por los artículos d 10 al 14 del AIA. En particular, basándose en estas reglas, los sistemas de IA deben ser suficientemente transparentes y estar basados en datos correctos, completos y representativos. Deben ser precisos y seguros, y estar bajo el control vigilante de un ser humano, que no debe confiar excesivamente en la máquina (el llamado *human in the loop*), pero debe ser capaz de entender cómo funciona, verificar y corregir los outputs y también interrumpir su funcionamiento, si esto es necesario para evitar daño.

En términos generales, no hay duda de que la disciplina representa un buen compromiso en términos de sostenibilidad jurídica, económica y tecnológica de sus normas, pero su eficacia dista mucho de ser un hecho. Algunos riesgos:

- 1) la verificación de la conformidad no la lleva a cabo una administración pública, sino quienes suministran o utilizan el sistema;
- 2) la garantía de vigilancia humana requiere –para las autoridades– funcionarios con habilidades adecuadas que en las administraciones escasean: en cambio, bajo este perfil el plan de formación prometido en el PNRR italiano no aparece fácilmente implementable.
- 3) Las obligaciones de información y transparencia establecidas en el art. 13 ciertamente son adecuadas para sistemas de IA instrumentales a la adopción de políticas públicas impulsadas por datos (*data driven*) o para dirigir las actividades de supervisión y control, pero no parecen asegurar garantías equivalentes a las que ofrece la motivación tradicional en el caso de que el sistema produzca decisiones que tengan un impacto individual.
- 4) faltan conexiones entre el reglamento de la IA y el RGPD. Es alarmante la falta de mecanismos que permitan conectar dos actos que tienen tantos elementos en común, tanto desde el punto de vista del proceso como del contenido.

En este marco, en definitiva, a los Estados pertenece aprobar algunas normas específicas, estableciendo obligaciones para las administraciones públicas de transparencia sobre los sistemas utilizados y sus características; desterrar (prohibir) el Machine Learning en la toma automatizada de decisiones individuales, mientras permanezca el límite de explicabilidad de los *black boxes*; promover la formación de los empleados con fondos adecuados, según el modelo estadounidense de la Ley de Formación de IA; y regular adecuadamente la relación funcionario-máquina para garantizar una vigilancia humana eficaz (evitando el llamado “efecto moutonnier”/ovejas).