

ASPECTOS NORMATIVOS Y CONSTITUCIONALES DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS AUTOMATIZADAS

Ricardo Alberto Muñoz*

1.- PARA INTRODUCIRNOS EN EL TEMA

La desafiante empresa que nos toca proponer al lector, y aunque más no sea en términos genéricos y en “sobrevuelo”, respecto a las relaciones que vinculan a la “innovación” y a la Inteligencia Artificial (IA) con la Administración pública (en adelante, AP), en especial, las denominadas decisiones administrativas automatizadas, con motivo de esta Segunda Edición de la “Revista Digital de la Secretaría de Legal y Técnica” de la Provincia de Formosa, a cuyas autoridades agradezco por la invitación a participar y la generosidad de siempre.

Parece todo un reto, difícil de sortear en pocas páginas; sin embargo, ello no nos desanima a presentar -por lo menos- los aspectos más importantes de la problemática.

Pese a los desequilibrios estructurales y las asimetrías regulatorias existentes en nuestro país, partimos del supuesto que la mayoría de las administraciones públicas contemporáneas *“poseen programas y proyectos para incrementar las capacidades institucionales orientadas a una visión prospectiva y proactiva, con una vocación innovadora indiscutible mediante la articulación de diversos ingredientes entre los que destacan la gestión del conocimiento y la utilización de las nuevas oportunidades tecnológicas para generar una gestión pública renovada y robusta”*, tal como lo ha señalado el Centro Latinoamericano de Administración Para el Desarrollo (CLAD) en la “Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública” aprobada en la XIX Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de la Administración Pública y Reforma del Estado de fecha 8 de octubre de 2020, y a la que haremos referencia en varios pasajes de esta presentación.

Introduciéndonos en el tema, podemos convenir que la AP se conecta con la IA a través de los derechos humanos fundamentales -piénsese en aquellos de reconocimiento constitucional y convencional; esto último a través del impacto que ha tenido el Sistema Internacional de Derechos Humanos en todos los sectores estatales - mediante lo cual, lo podemos graficar como una “avenida de doble mano”. Por un lado, los derechos humanos definen el Norte, el horizonte, los objetivos y fines del desarrollo de la IA por parte del Estado en general, y la AP en particular. Pero, por otro carril, sin que implique un tránsito a “contramano” ni un “choque frontal”, los derechos esenciales limitan, frenan y articulan las acciones,

Abogado egresado de la Universidad Nacional de Córdoba con Reconocimiento al Mérito Académico, y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la misma universidad. Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. En el ámbito académico, se desempeña como Profesor Titular por concurso de la carrera de Abogacía de la Universidad Nacional de Río Cuarto, donde es investigador acreditado. Es docente de posgrado en el área del Derecho Público, y director de trabajos finales de posgraduación. Ha escrito 6 libros, entre los que se destacan *“Inteligencia Artificial y Derecho Administrativo”*, e *“Internet”* (2 Tomos) de reciente publicación; y ha participado, además, en obras colectivas, y es autor de más de 110 publicaciones sobre su especialidad. Mail ramunoz2011@gmail.com.

despliegues e implantación de IA en ámbitos públicos ¹, aunque esto brinda una mirada igualmente aplicable para el sector privado.

Porque, a la par de las indudables ventajas que trae aparejadas la utilización de las nuevas tecnologías para el Sector Público, siendo la reducción del tiempo, el aumento de la confiabilidad, el sostenimiento de la imparcialidad y la eliminación de la negligencia, solo unos ejemplos de ello, igualmente también debe sopesarse los evidentes riesgos sobre las libertades individuales, sociales y colectivas, toda vez que la potencialidad dañosa de importantes tecnologías es enorme, y el desafío transcurre por prevenir o, en su caso, mitigar las consecuencias perjudiciales.

Aclaremos, ya desde temprano, que nos ocuparemos principalmente respecto del uso de la automatización tecnológica por parte de organismos estatales, es decir, desde una perspectiva interna a través de lo que podemos denominar como el “*back office*” de la IA. Y, por lo tanto, no nos referiremos a la regulación jurídica de la actividad de expansión y desarrollo de la IA por parte de sujetos regulados o terceros en el mercado de las tecnologías de innovación (el “*front desk*”), lo que nos colocaría en un escenario de análisis no solo más amplio y complejo que el propuesto, sino también de una indudable incomodidad jurídica, toda vez que difícilmente pueda la Administración a través de sus potestades reglamentarias impartir normas con esos fines. Y esto es así, máxime si se repasa que en el mundo, a través de las más diversas organizaciones de escala global, se está optando por el dictado de reglas éticas, verdaderas directrices de alcance mundial ².

Nuestra propuesta, al igual que la normativa ética antes invocada, nace de una premisa elemental: el “enfoque basado en derechos”. Nada más central y neurálgico que analizar estos temas, como tantos otros, sobre la base de la persona humana, su dignidad y el reconocimiento de sus derechos a partir de sus concretas efectivizaciones, materia de irrenunciable e impostergable atención a raíz del nacimiento del Estado Constitucional y Social de Derecho, y por donde gira –o debería girar– el sistema jurídico y los actos estatales que en su consecuencia se dicten.

Por ejemplo, adviértase la importancia que el concreto uso de la IA tendría para el cuidado de la salud, la eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios públicos, o inclusive, los beneficios para la propia actividad de prevención o detección de infracciones y faltas administrativas.

¹ Para un análisis más profundo, nos remitimos a nuestro libro, MUÑOZ (h), Ricardo A. *Inteligencia artificial y Derecho Administrativo. Un enfoque basado en derechos* con prólogo de la Dra. Miriam Ivanega, IJ Editores, e-book, de acceso público en

<https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=582&idedicion=3688>.

² En especial, puede considerarse en la Unión Europea, “Normas de Derecho Civil sobre robótica” (2017), “Carta Ética Europea sobre el Uso de la Inteligencia Artificial en los sistemas judiciales y su entorno” (2018), “Directrices Éticas para una IA Fiable” (2019), “Libro Blanco sobre Inteligencia Oficial. Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza” (2020), “Propuesta de Reglamento de Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de IA”, entre otros importantes documentos. La UNESCO presentó en 2019 un estudio preliminar sobre los aspectos técnicos y jurídicos relativos a la conveniencia de disponer de un instrumento normativo sobre la ética de la inteligencia artificial, y en el año 2020, a través del Grupo Especial de Expertos (GEE), ofreció un texto por el cual se proyecta una recomendación sobre ética de la IA. Por su lado, en año 2019, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) y los países socios, adoptaron el primer conjunto de directrices de políticas intergubernamentales sobre IA.

En líneas generales –explica el CLAD- los Gobiernos han generado y estructurado procesos automatizados cognoscitivos y operativos en la gestión de numerosos asuntos, demandas y obligaciones de los ciudadanos y en la provisión de un buen número de servicios públicos, con el resultado de volverlos más transparentes, seguros, costo-eficientes y personalizados. Ahora bien, y en línea a lo antes dicho, se aclara en la “Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública” (apartado 25) -acertadamente, desde nuestra opinión- que *“La inteligencia artificial representa una racionalidad instrumental, que tiene sentido y valor público a condición de que esté en función de la racionalidad política y social de los valores y los principios de los derechos humanos y del bienestar y de la seguridad jurídica, que son la esencia del gobierno democrático”*.

Así las cosas, a partir del desarrollo inteligente, el uso de big data y las tecnologías de la información y comunicación, la AP va camino a dejar de ser definitivamente una entidad prestadora de servicios públicos, tal como los conocíamos (generales, colectivos, igualitarios, “standarizados”), para transformarse a través de las API en un generador, o por lo menos, intermediario, de servicios personalizados: un verdadero “gobierno como plataforma”³, que desde una perspectiva colaborativa, permite a los privados aportar al Estado aptitudes inéditas del sector público, posibilitando hacer más intensos los vínculos con las personas⁴.

Conceptos como simplificación administrativa, la gobernanza y la gobernanza “inteligente”, el derecho a la buena administración, el gobierno abierto y digital, el gobierno electrónico, Internet de las Cosas, la mejora continua de procesos y la interoperabilidad, la “ciudad digital”, la “ciudad inteligente” (*Smart City*), y el derecho humano “a la ciudad” y el “buen vivir urbano”, los derechos del ciudadano digital en general, y en particular, los derechos a relacionarse electrónicamente con la Administración y el derecho de acceso a Internet (principalmente a través del DNU 690/2020 que modificó la ley 27078 de “Argentina Digital”), pone a la AP en el lugar que señalamos.

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”* (CLAD, “Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública”, apartado 3).

En este sentido, y en el caso específico del sector público, se ha reconocido la importancia de los datos –tanto de fuente interna como externa- para tomar decisiones basadas en evidencias, impulsar su eficiencia y prestar mejores y nuevos servicios, para lo cual

³ Ver al respecto, OSZLAK, Oscar, *El Estado en la era exponencial*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), Bs. As., 2020, pag. 132 y ss. CAMPOS RIOS retoma este concepto, y analiza que “hay un principio general que debemos tener presente para comprender la idea de “Estado como plataforma” y es desarrollar plataformas que incluyan un conjunto de tecnologías para que cualquier agencia o área del gobierno pueda desarrollar, intercambiar y conectar servicios sin necesidad de diseñar, testear y operar los sistemas que los soportan” (CAMPOS RIOS, Maximiliano, *El Estado en la Era Meta. Del “Estado Inteligente” al “Estado Inmersivo”*, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), Bs. As., 2022, pag. 82).

⁴ SADIN, Éric, *La inteligencia artificial o el desafío del siglo. Anatomía de un antihumanismo radical*, Caja Negra Editoria, Bs. As., 2022, pag.

el concepto de “gobernanza anticipatoria” implica un potencial estratégico de la IA. Así, según una reciente publicación del Banco de Desarrollo de América Latina sobre IA en el sector público, la “Gobernanza anticipatoria” implica una oportunidad para “pronosticar e identificar proactivamente desarrollos y necesidades futuras a nivel social, económico o ambiental para anticiparse, intervenir e impactar eventos” y “prever situaciones para prepararse ante múltiples resultados probables y definir mejores políticas públicas de acuerdo con los escenarios analizados”⁵.

2.- ADMINISTRACIÓN PÚBLICA E IA

Si partimos de un concepto –más o menos aceptado– a través del cual, mediante sistemas de IA, se busca “emular” o “simular” la inteligencia humana a través de complejos procedimientos computacionales, y que los algoritmos –en términos amplísimos– implican secuencias lógicas de instrucciones, estructuras procedimentales y metódicas de secuencias para alcanzar un resultado –en algunos casos, con alto grado de automaticidad–, entonces la problemática es materia de obligatoria demanda por parte de la AP.

Señala el CLAD en el documento citado que la tecnología (IA y robótica) para ser innovadora requiere visión estratégica e inteligencia colectiva: la gestión del conocimiento. En este punto, destacamos el concepto de “inteligencia colectiva”, ya que no solo implica la colaboración de diversas personas en la resolución de un tema particular, sino que –desde nuestra óptica– es superador del concepto de IA o inteligencia humana aumentada, toda vez que en este caso se busca un desarrollo en donde se garantiza “*su accesibilidad a toda la ciudadanía como el estricto cumplimiento de las normativas en protección de datos personales*” (CLAD, “Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública”, apartado 8), lo que después se reafirma cuando se señala que “*Los diseños de los algoritmos y los procesos de entrenamiento en el sector público deben ser transparentes y no blindados con patentes. Ciudadanos y organizaciones no gubernamentales deben tener la capacidad de evaluar externamente ambos procesos*” y “*Se debe promover la igualdad de acceso a todos los sectores sociales de los beneficios de la inteligencia artificial y de la robótica*” (apartados 33 y 37, respectivamente)⁶.

Al ser entonces una de las principales funciones de la IA la representación, recreación y facilitación del conocimiento, entonces mucho debe hacerse desde la AP, y el microsistema

⁵ Corporación Andina de Fomento, Bando de Desarrollo de América Latina, *Experiencia IA. Datos e Inteligencia Artificial en el sector público*, 2021, disponible en [file:///C:/Users/Ricardo/Downloads/Experiencia Datos%20e%20Inteligencia%20Artificial%20en%20el%20sector%20p%C3%ABlico.pdf](file:///C:/Users/Ricardo/Downloads/Experiencia%20e%20Inteligencia%20Artificial%20en%20el%20sector%20p%C3%ABlico.pdf), pag. 54. Como ejemplos, el estudio menciona sistemas de alerta temprana para activar planes de contingencia para la gestión de riesgos y la prevención de desastres; predicción de poblaciones en riesgo de enfermedades; análisis de sentimientos en las redes sociales; toma de decisiones en tiempo real; análisis de riesgos de desplazamiento de mano de obra; apoyo en las decisiones de financiación de la investigación y el desarrollo (I+D).

⁶ Explica Eric SADIN que las *smart city* implica una evolución hacia territorios autorregulados, pero nos “lleva, en los hechos, a una delegación no dicha de los servicios públicos en favor del régimen privado, prolongando por otros medios las lógicas de la tercerización que ya operan en las empresas desde el advenimiento del neoliberalismo”: “los dirigentes electos están sometidos al dogma reciente que pretende establecer en toda ocasión “partenados público privados”, al mismo tiempo que quedan bajo el doble lobby de los proveedores de tecnologías y de las empresas de servicios que aspiran a ser parte constante y sonante en la vida cotidiana de los ciudadanos..” (*La inteligencia artificial o el desafío del siglo. Anatomía de un antihumanismo radical*, ob. cit., pag. 209 y 210).

jurídico que la regula, es decir, el Derecho Administrativo. Ahora bien, como toda IA aplicada al Derecho, en aquella disciplina y con nuestra especial perspectiva *iuspublicista*, no pretendemos el estudio de la automatización del razonamiento jurídico y de la solución de los problemas que de ese tipo se presentan. En efecto, la IA no razona jurídicamente, sino que aporta los mecanismos para el reconocimiento de secuencias a partir de parámetros con significación jurídica⁷; que no es lo mismo.

Por eso, se ha señalado que *“El impacto más relevante de la inteligencia artificial se centra en la extracción de patrones para inferir, predecir y reconocer tendencias o comportamientos más probables a partir de un cúmulo de datos. Se basa en sistemas matemáticos complejos, en forma de algoritmos, que permiten realizar esas inferencias y detectar valores atípicos que aportan información valiosa”* (CLAD, “Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública”, apartado 8). De tal manera, la IA no es fuente del Derecho Administrativo (ni de ninguna otra disciplina jurídica), solo es una apoyatura técnica.

En el contexto analizado, y ya desde hace varios años, la AP no tiene otra alternativa que tener hacia la IA una actitud proactiva (y no reactiva), es decir, hacer uso de los beneficios que esta última trae respecto a la transparencia, la prestación de servicios públicos, la seguridad jurídica, entre tantos otros, ya que un “negacionismo” de la IA en el sector público hubiera traído mayores dificultades y distancias con sectores de producción del conocimiento e industria innovadora. También ayuda a la AP para “administrar posibles daños” a través de un paradigma que se nutre de una “gestión basada en los riesgos”, y en este punto no puede dejar de verse -por ejemplo- en el denominado *“Libro Blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza”* (UE, Comisión Europea, 2020).

La IA y la robótica presentan una gran ocasión para alcanzar definitivamente un nuevo y sólido modelo de AP que sea líquida, abierta, colaborativa, complementaria, creativa e innovadora, pero a la vez, sólida, predecible y constante.

Y esto se logra, precisamente, a través de políticas públicas “basadas en derechos”, bajo las siguientes premisas: 1.- las TICs en la Administración pública se incorporan para garantizar y promover derechos, nunca como instrumentos para su violación; 2.- el respecto a la privacidad *on line*, concepto que abarca la intimidad, imagen y honor, desde siempre y en todos los casos, más aún ante supuestos de IA; 3.- la protección de datos personales y el derecho a la autodeterminación informativa; 4.- la prohibición de decisiones automatizadas basadas exclusivamente en valoraciones personales digitales; 5.- la impugnación de los actos automatizados y el principio de tutela administrativa efectiva; 6.- las exigencias constitucionales y convencionales de la automatización administrativa, en particular, el principio de no discriminación; 7.- debe tenerse presente la responsabilidad provocada por el uso de la IA y los algoritmos; 8.- el respecto al principio de precaución e impacto social; 9.- la IA debe adaptarse al derecho a la buena administración; 10.- los beneficios que trae IA para la persona humana y su dignidad. Más adelante, volveremos con algunos de esos temas.

3.- PARA SEGUIR TRANSITANDO JURÍDICAMENTE: IA Y DERECHO ADMINISTRATIVO

Pensar en las derivaciones que las TICs tienen sobre el Derecho Administrativo, nos lleva necesariamente a la conclusión respecto la posibilidad de refundar –en gran medida- esta

⁷ 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.

área jurídica a través de un eje orientado en la información. En efecto, nadie podría cuestionarse la importancia que tienen los datos para la AP y la protección que estos –al mismo tiempo- merecen en consecuencia, lo que incluso, ha llevado a la doctrina a plantear la necesidad del dictado de una ley especial de protección de datos personales en posesión de entes públicos⁸, ya que –agregamos nosotros- la ley 25.326 fue pensada principalmente para el sector privado.

Por lo pronto, la realidad demuestra la plena vigencia del principio de “equivalencia funcional” en esta “era exponencial”: a la par de una figura clásica del Derecho Administrativo (acto, contrato, procedimiento administrativo, etc.), aparece una “contrafigura”, adecuada a la nueva realidad, so pena de quedar aquellas definitivamente en el olvido. Y si no desaparece, se reconvierte en su “resiliencia” adaptada. Tal es el caso de la contratación administrativa, donde ahora no solo se lleva a cabo la selección del co-contratante a través de las TICs, sino también se ha avanzado en utilización lisa y llana de técnicas de IA para garantizar la transparencia y el control⁹. O el caso mismo de la organización administrativa, que poco sentido tiene en la actualidad, tal como la conocemos históricamente.

“Actualmente –señala Juan CORVALÁN- asistimos a un auténtico universo de inmediatos, ya que el tiempo secuencial o cronológico comienza a diluirse. Algo similar ocurre con el espacio, puesto que en muchos casos es irrelevante un lugar físico concreto o hablar de presencia y ausencia en los mismos términos que en otras épocas. Si se consagra un sistema digital para vincular a la Administración con los ciudadanos, como regla no es plausible hablar de una desconcentración física territorial o espacial en donde se producen desplazamientos de infraestructura y recursos humanos”¹⁰. En palabras simples, la “organización digital”, no pasa por “abrir oficinas”, sino por expandir o ajustar diversos algoritmos¹¹.

En la materia que nos preocupa, a la conocida “independencia” y “automatización” que

⁸ PARRA NORIEGA, Luis Gustavo, “Desarrollo legislativo en materia de datos personales en las entidades federativas, la importancia de una legislación especial en el ámbito estatal”, en AAVV, *Retos de la protección de datos personales en el sector público*, Instituto de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Distrito Federal, México, 2011, pag. 145 y ss. Para el autor citado, “El derecho fundamental a la protección de datos personales en posesión de entes públicos merece un diseño legislativo propio a través de una ley especial e independiente a la de transparencia y acceso a la información. El marco normativo local que se expida en la materia deberá contener regulados su ámbito de aplicación, los principios, derechos, procedimiento para ejercer su tutela, autoridad responsable, medidas de seguridad, transferencias y régimen de responsabilidades que son propios y característicos de los datos personales” (pag. 177).

⁹ MIRANZO DIAZ, Javier, “Inteligencia Artificial y Contratación Pública”, UCLM, Centro de Estudios Europeos Luis Ortega Álvarez, 2020, disponible en [file:///C:/Users/Ricardo/Downloads/SSRN-id3647414%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Ricardo/Downloads/SSRN-id3647414%20(3).pdf)

¹⁰ CORVALÁN, Juan Gustavo, “Hacia una óptima Administración digital inteligente”, en *La Ley. Edición Especial. El Derecho en Transformación*, 19-10-2017, pag. 5. En otra publicación, el autor mencionado pone un ejemplo: “Si pretendemos expandir la atención en el otorgamiento de turnos en oficinas públicas, en formatos 1.0 y 2.0, la clave era desconcentrar esa actividad sumando oficinas, personas, computadoras, etc. En el mundo digital, expandir la oferta de un servicio totalmente digital depende esencialmente del diseño algorítmico, de la calidad de la conectividad, entre otros aspectos. Y si a eso le sumamos automatización o capas de innovación a través de inteligencia artificial, podríamos optimizar de manera exponencial el otorgamiento de turnos...” (CORVALÁN, Juan Gustavo, “Hacia una Administración Pública 4.0: digital y basada en inteligencia artificial. Decreto de “Tramitación digital completa”, en *Diario La Ley*, 17-08-2018).

¹¹ CORVALÁN, Juan Gustavo, *Prometea. Inteligencia Artificial para transformar organizaciones públicas*, Bs. As., Editorial Astrea SRL, Editorial Universidad del Rosario, Derecho Para Innovar, IMODEV, 2019, pag. 23.

brinda la IA en la AP, debe sumársele la plena ratificación que aquella hace de otros institutos propios del Derecho Administrativo, como lo es el principio de “colaboración” del administrado, ya que la IA funciona gracias a los datos que voluntariamente son aportados por los particulares

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 agregado” de interés social ¹². Incluso, el dato es elemental para 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 conocimiento es crucial para la participación ciudadana, y la IA mucho puede hacer para motorizar estos aspectos ¹³.

Además, existe una suerte de “delegación legislativa” (“condicionada”) de la AP en los sistemas inteligentes. En efecto, la administración se respalda en los sistemas de IA –aprobados jurídicamente- para tomar decisiones en este caso automatizadas. Y lo hace a través de la “modelización” y “parametrización” de sus “acciones” (hechos, encuadramientos jurídicos y decisiones), lo que es demostrativo de la importancia de la IA: sentar criterios, clarificar antecedentes, evitar arbitrariedades, erradicar el oscurantismo público, a través de una suerte de “predicción” pasada y futura: visualizar el abanico de antecedentes, para decidir en corolario. Más adelante volveremos con este tema.

4.- LA DENOMINADA “POTESTAD LEGISLATIVA ALGORÍTMICA” Y LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS AUTOMATIZADAS

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 de una forma tradicional, sino es la realización en sí misma de la voluntad administrativa (“actos de elaboración automática”), 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, o por lo menos, en forma asincrónica.

Esto se lleva a cabo, primero, a través de una incipiente “potestad reglamentaria algorítmica” – una suerte de “cuasilegislador en lenguaje computacional”-, y después mediante la “autoejecución” -administrativa automatizada- de los actos (en este caso, administrativos individuales), una vez que suceden los supuestos de hecho previstos normativa primero, y algorítmicamente después.

¹² 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” (BID, *La Inteligencia Artificial al Servicio del Bien Social en América Latina y el Caribe: panorámica regional e instantáneas de doce países*, mayo, 2020).

¹³ Al respecto, nos hemos expedido en MUÑOZ (h), Ricardo A., “El control judicial de la actividad administrativa automatizada”, *Revista Electronica Dereito e Sociedade*, Canoas, V. 10, n. 2, 2022.

Pero, tal como brillantemente se ha explicado ¹⁴, 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, rompiéndose 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 del acto, tornando ilegítima y arbitraria la decisión por la violación de los principios constitucionales y las reglas legales que gobiernan las decisiones estatales.

En este sentido, advierte Andrés BOIX PALOP que los algoritmos empleados por parte de las Administraciones públicas para la adopción efectiva de decisiones han de ser considerados “reglamentos” por cumplir una función material estrictamente equivalente a la de las normas jurídicas, al reglar y predeterminar la actuación de los poderes públicos, y por tanto, se deducen consecuencias jurídicas respecto de cómo han de realizarse los procedimientos de elaboración y aprobación de estos algoritmos, la necesidad de que los mismos estén debidamente publicados como normas jurídicas que son, o la exigencia de que existan mecanismos de recurso directo e indirecto frente a los mismos, todo lo cual supone un incremento de las actuales garantías frente al empleo de algoritmo por parte de los poderes públicos ¹⁵.

Y así llegamos entonces a la “actuación administrativa automatizada”, definida -por ejemplo- por la 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*” ¹⁶.

¹⁴ CORVALÁN, Juan, SÁ ZEICHEN, Gustavo y ALBERTSEN, Lihué María, “Actividad administrativa automatizada Inteligencia artificial, potestad reglamentaria algorítmica, delegación algorítmica, acto administrativo automatizado y reserva de humanidad”, en CORVALÁN, Juan Gustavo (director), *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, Tomo II, Thomson Reuters, La Ley, Bs As, 2021, pag. 193 y ss.

¹⁵ BOIX PALOP, Andrés, “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la adopción de decisiones”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, V. 1, año 2020, pág. 223 y ss.

¹⁶ 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”.

Lo explicado, no es una verdadera en nuestros sistemas de fuentes ni para la literatura jurídica, ya que en 1971 Tomás Ramón FERNANDEZ, en un artículo doctrinal titulado “*Jurisprudencia y computadores*” -publicado en la *Revista de la Administración Pública* N° 64, en España de ese año-, manifestó que la “electrónica será un elemento mecánico de ayuda, pero la noble función de juzgar no puede ser mecanizada”, o cuando Vittorio FROSINI en un trabajo que denominó “*Informática y administración pública*” publicó en la edición N° 105 de la citada revista española, 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”¹⁷.

Llama la atención, en este sentido, que la normativa vigente se refiera en todo momento a 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”¹⁸.

Así las cosas, la decisión administrativa automatizada implica un acto administrativo como cualquier otro, la diferencia solo radica en la fuente de producción: este supuesto corresponde —en los hechos y en la materialidad— 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 la definición antes transcripta), 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, en forma general y abstracta, la persona humana intervino otorgando competencia y validez al sistema, incluso, a través también del diseño del motor informático¹⁹.

Entonces, efectivamente, un acto administrativo adoptado -aun en su integridad- por medios electrónicos puede consistir en una declaración de voluntad (adjudicación de un

¹⁷ Tampoco deja de llamarnos la atención una recensión bibliográfica del año 1969 que firma GONZALEZ NAVARRO, comentando una obra de Derecho Administrativo de Aurelio GUAITA, a través de la cual, destacando el trabajo paciente y constante del autor, el primero se pregunta si no sería posible recurrir al empleo de una máquina para facilitar la tarea del investigador de la penosa búsqueda de la bibliografía, y dice: “Desde luego, la idea parece factible ... Sin embargo —se añade también—, el problema de programar este supercomputador no habrá desaparecido. Las limitaciones del hombre que haya de programarlo pondrán siempre un límite a la inteligencia que se pueda simular por la máquina. La “inteligencia artificial” de un computador obedece a los dictados, del hombre, y hace falta mayor inteligencia para disponer que para ejecutar. El hombre, como creador, estará siempre en la cúspide... Lo que queremos subrayar al traer a colación las anteriores palabras, es que el trabajo del hombre no puede ser nunca eliminado. La máquina nos hará ganar en rapidez, en precisión, pero el hombre será siempre insustituible” (“Recensiones y notificaciones de libros”, *Revista de la Administración Pública*, N° 60, septiembre-octubre, 1969, Madrid, pag. 525, en part. pag. 546).

¹⁸ MARTÍN DELGADO, Isaac, *Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada*, en “*Revista de la Administración Pública*”, N° 180, Madrid, septiembre-diciembre 2009, p 365.

¹⁹ 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 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” (AQUARO, “Prologo”, en CORVALÁN, Juan Gustavo, *Prometea. Inteligencia Artificial para transformar organizaciones públicas*, Editorial Astrea SRL, Editorial Universidad del Rosario, Derecho Para Innovar, IMODEV, Bs As, 2019, pag. 7).

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 supuestos.

5.- ALGUNOS ANTECEDENTES NORMATIVOS Y REGULATORIOS INTERNACIONALES

La problemática por nosotros abordada, encuentra un sinnúmero de antecedentes normativos y otros documentales de referencia (*soft law*) que -desde nuestra opinión- pueden ser abordados en tres ejes fundamentales: los denominados derechos digitales incorporados en diversas “cartas”, la regulación de los principios que informan la IA a través de reglas éticas, y finalmente, especiales ordenaciones a partir de clásicas instituciones del Derecho Administrativo incorporadas principalmente en normas regulatorias de la función administrativa.

1.- En las “cartas” de “Derechos Digitales”, que, aclaramos, no se pretende que sean exclusivamente algo distinto de los derechos fundamentales ya reconocidos, sino también derivaciones o facultades de los clásicos derechos fundamentales²⁰, y en relación con la IA aplicable en el marco de la actuación administrativa, reconoce el derecho de que las decisiones respeten los principios de buen gobierno y buena administración, el procedimiento administrativo con las debidas garantías, obtener una motivación comprensible en lenguaje natural, que la adopción de decisiones discrecionales quede reservada a las personas, el derecho a la evaluación de un impacto en los derechos digitales en el diseño de los algoritmos, con aprobación previa de los sistemas inteligentes, la minimización de riesgos, transparencia y rendición de cuentas, el derecho a la participación y el acceso a la información pública digital²¹ entre muchos otros.

2.- En este escenario, y en un “ecosistema digital” que plantea nuevos mecanismos de gobernanza principalmente para la gestión pública, se viene demandando que el desarrollo de los sistemas de Inteligencia Artificial, garanticen los principios de no discriminación y transparencia (“algorítmica” agregamos), la auditabilidad, explicabilidad, trazabilidad, accesibilidad, usabilidad y fiabilidad, la supervisión humana y la impugnabilidad de las decisiones automatizadas, evaluación y reducción de riesgos, entre otros. Uno de los mayores exponentes de la materia, Lorenzo COTINO HUESO, nos habla de la transparencia como “principio rector”, y el de explicabilidad y la interpretabilidad, como características sociotécnicas de aquel, deteniéndose “en la “transparencia” algorítmica como concepto

²⁰ No obstante, de una u otra forma, lo que no está en discusión es que los entornos digitales generan nuevos escenarios, contextos y conflictos que imponen la adaptación de los derechos y la reinterpretación del Derecho, perfilando aquellos más relevantes en estos entornos, o en su caso, describiendo nuevos derechos instrumentales o auxiliares de los primeros (COTINO HUESO, Lorenzo (coordinación), *La Carta de los Derechos Digitales*, tirant lo blanch, Valencia, 2022, pag. 19).

²¹ Ver por ejemplo, arts. XVIII y XXV, Carta de Derechos Digitales, España, 2021; art. 23 Ley 15/2022, de 12 de junio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación de España; art. 12, 26 y 27, del denominado proyecto de “Reglamento de servicios digitales” del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se busca modificar la Directiva 2000/31/CE; la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales en la Década Digital, entre otros antecedentes.

general inclusivo y la miríada de nociones que orbitan a su alrededor, a saber: trazabilidad, explicabilidad, interpretabilidad, comprensibilidad, inteligibilidad, legibilidad, auditabilidad, testabilidad, comprobabilidad, simulabilidad, descomponibilidad, verificabilidad, replicabilidad, comunicación, código abierto”²².

3.- Conforme la legislación comparada, tal es el caso de la española antes citada²³ y la italiana²⁴, 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 una 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 personales.

Pero más interesante resulta aún, el recientemente aprobado “Código de Contratos Públicos”

²² COTINO HUESO, Lorenzo, “Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial y “compañía” (comunicación, interpretabilidad, inteligibilidad, auditabilidad, testabilidad, comprobabilidad, simulabilidad...). Para qué, para quién y cuánta”, en COTINO HUESO, Lorenzo y CASTELLANOS CLARAMUNT, Jorge (editores), *Transparencia y explicabilidad de la Inteligencia Artificial*, tirant lo blanch, España, 2022, pag. 25 y ss., en part. pag. 69

²³ Art. 41: “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”. Finalmente, en el art. 42 se establece que “En el ejercicio de la competencia en la actuación administrativa automatizada, cada Administración Pública podrá determinar los supuestos de utilización de los siguientes sistemas de firma electrónica: a) Sello electrónico de Administración Pública, órgano, organismo público o entidad de derecho público, basado en certificado electrónico reconocido o cualificado que reúna los requisitos exigidos por la legislación de firma electrónica. b) Código seguro de verificación vinculado a la Administración Pública, órgano, organismo público o entidad de Derecho Público, en los términos y condiciones establecidos, permitiéndose en todo caso la comprobación de la integridad del documento mediante el acceso a la sede electrónica correspondiente”.

²⁴ En Italia, la ley 15/200, incorpora una modificación a la ley 241/1990, habilitando en el art. 3 bis la que denomina el “uso de la telemática”: “Para lograr una mayor eficacia en sus actividades, las Administraciones públicas fomentarán el uso de la telemática, en las relaciones internas, entre las distintas Administraciones y entre éstas y los particulares”. Resulta acuciante señalar que, pese el artículo implica una apertura al “fomento” del uso de la telemática, “no debería ser un problema para interpretar que, más que una norma programática, estamos ante un mandato a los poderes públicos, los cuales, más que habilitados para incorporar los avances técnico-científicos de carácter telemático que permitan una mayor eficiencia –y también eficacia- en su actividad, vienen obligados a hacerlo, debiendo tener resultados apreciables y sin más limitación que los derechos fundamentales de los ciudadanos y, en su caso, el excesivo coste económico” (GUTIÉRREZ ALONSO, Juan J., “La reforma de las normas generales sobre la acción administrativa y el derecho de acceso a los documentos en Italia”, en *Revista de Administración Pública*, N. 168, septiembre-diciembre 2005, pag. 448 y ss., en part. pag. 454).

italiano (aprobado por el Decreto Legislativo N° 36, del 31 de marzo de 2023), que habilita la utilización de “procedimientos automatizados en el ciclo de vida de los contratos”, estableciendo que “*para mejorar la eficiencia, los poderes adjudicadores y las entidades concedentes, en la medida de lo posible, automatizarán sus actividades recurriendo a soluciones tecnológicas, incluidas la inteligencia artificial y las tecnologías de contabilidad distribuida*”, y a tales fines, deberán “*a) asegurar la disponibilidad del código fuente, la documentación relacionada, así como cualquier otro elemento útil para comprender su lógica de funcionamiento; b) introducir en los pliegos de condiciones cláusulas destinadas a garantizar los servicios de asistencia y mantenimiento necesarios para la corrección de errores y efectos indeseables derivados de la automatización*”. Además “*Las decisiones tomadas mediante automatización respetan los principios de: a) cognoscibilidad y comprensibilidad, por lo que todo operador económico tiene derecho a conocer la existencia de procesos automatizados de toma de decisiones que le conciernen y, en su caso, a recibir información significativa sobre la lógica utilizada; b) no exclusividad de la decisión algorítmica, por lo que en todo caso existe una contribución humana en el proceso de toma de decisiones capaz de controlar, validar o denegar la decisión automatizada; c) la no discriminación algorítmica, mediante la cual el titular aplica medidas técnicas y organizativas adecuadas para evitar efectos discriminatorios contra los operadores económicos*”. Finalmente se exige que “*Los poderes adjudicadores y las entidades concedentes adoptarán todas las medidas técnicas y organizativas capaces de garantizar que se subsanen los factores que dan lugar a inexactitudes en los datos y se minimiza el riesgo de error, así como para evitar efectos discriminatorios contra las personas físicas por motivos de nacionalidad, origen étnico, opiniones políticas, religión, creencias personales, afiliación sindical, características somáticas, estado genético, estado de salud, género u orientación sexual*”.

6.- ¿QUÉ PASA ENTRE NOSOTROS? ¿QUÉ HA DICHO LA CORTE SUPREMA?

Ahora bien, ¿cuál es la actualidad jurídica en nuestro sistema? La pregunta, si bien es provocativa toda vez que parecería que los conceptos antes expuestos lejos están del contexto actual jurídico argentino –aunque sí la coyuntura merece una rápida salida a la vacancia normativa- tiene casi la misma respuesta si la hiciéramos veinte años atrás; desde entonces, legislativamente la cuestión no ha cambiado mucho.

Primero, porque en el Derecho Público provincial, existen novedosos casos donde en alguna Provincia, en ejercicio de la autonomía que naturalmente brinda el derecho administrativo local, a través de leyes, se ha regulado en forma concreta la problemática de las decisiones administrativas automatizadas. Tal es el caso, de la ley 9.003 de Procedimientos Administrativos de Mendoza, que –sobre la base del antecedente español antes citado- autoriza el uso de mecanismos de gestión electrónica, concretamente, a través de la “actuación administrativa automatizada”, que es definida como “*cualquier acto o actividad 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*”²⁵; lo que incluso también es mencionado en materia de contratos cuando habilita a que por vía reglamentaria se establezca “*la automatización de los procedimientos*”²⁶.

²⁵ Ley 9.003, art. 168 quater, apart. 4, inc. a). Y en el inciso b) se establece que “*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, 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*

Segundo, porque ya el art. 20 de la ley 25.326 de Protección de Datos Personales –hace tiempo- prohíbe resoluciones basadas en perfiles digitales, evitando –agregamos nosotros- un perfilamiento parcial y por lo tanto falso, mencionado por la literatura jurídica como la “personalidad sintética” y el “hombre artificial”²⁷. La citada ley argentina, y que responde a la más moderna legislación internacional²⁸, establece 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*”.

Tal como tan bien lo ha explicado COTINO HUESO, “este derecho es aplicable respecto de las decisiones “únicamente” automatizadas. Así pues, quedarían fuera del ámbito de este derecho las decisiones basadas en IA pero en las que se da alguna intervención humana, aunque sean decisiones muy relevantes o produzcan efectos jurídicos en las personas. Sí quedarían fuera de este derecho las decisiones si “un ser humano revisa y tiene en cuenta otros factores para tomar la decisión final”. No obstante, y esto es importante, “si alguien aplica de forma rutinaria perfiles generados automáticamente a personas sin que ello [la revisión humana] tenga influencia real alguna en el resultado, esto seguiría siendo una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado”. Para que no rija este derecho, la intervención humana ha de ser “significativa, en vez de ser únicamente un gesto simbólico” y llevada a cabo por “persona autorizada y competente”. Hay que señalar que el estudio de impacto que debe hacerse ha de registrar el grado de intervención humana”²⁹.

reclamos o impugnaciones”. Y en relación al sistema de firmas, exige que “*en el ejercicio de la competencia en la actuación administrativa automatizada, cada Administración Pública podrá determinar los supuestos de utilización de los siguientes sistemas de firma electrónica: a) Sello electrónico de Administración Pública, órgano, organismo público o entidad de derecho público, basado en certificado electrónico reconocido o cualificado que reúna los requisitos exigidos por la legislación de firma electrónica. b) Código seguro de verificación vinculado a la Administración Pública, órgano, organismo público o entidad de derecho público, en los términos y condiciones establecidos por autoridad competente, permitiéndose en todo caso la comprobación de la integridad del documento mediante el acceso a la sede electrónica correspondiente*”.

²⁶ Ley 9.003, art. 112. A nivel nacional, incluso, ya en el Decreto 1023/01 se decía que, por reglamentación, se establecerá “*los procedimientos de pago por medios electrónicos, las notificaciones por vía electrónica, la automatización de los procedimientos, la digitalización de la documental y el expediente digital*”.

²⁷ Para ampliar el tema, puede consultarse en nuestro trabajo, MUÑOZ (h), Ricardo A., “La prohibición de decisiones administrativa automatizadas basadas exclusivamente en el perfilamiento”, en Thami Covatti Piaia, Stéfani Reimaann Patz y Gabriel Henrique Hartmann (organizadores), *Anais Do II Seminário sobre Inteligência Artificial, Proteção de dados e cidadania*, Universidade Regional Integrada de Alto Uruguai e das Missões, URI, 2022, libro digital, pag. 336 y ss.

²⁸ Por su lado, el 27 de abril de 2016, se aprobó el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del 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). Este último, en su artículo 22 dispone 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.*”

Tercero, porque las novedades han venido a través de normativa de naturaleza reglamentaria, es decir, dada por la propia AP, cual es por ejemplo el Decreto 733/2018 que ordena a la Administración nacional *“diseñar inteligentemente un circuito de trabajo secuencial cerrado y uniforme para coordinar la acción administrativa entre los agentes públicos entre sí y de estos con los administrados, mediante la utilización de motores de reglas e inteligencia artificial para automatizar la mayor cantidad posible de decisiones”*.

Por su lado, la Res. 111/2019 dictada por la Secretaria de Modernización Administrativa, y por la cual se crea el “Observatorio de Tramitación Digital”, señala en sus considerandos que *“existe un nuevo paradigma de trabajo con un enfoque basado en la segmentación de tareas, gobernanza de datos y automatización, que permitirán mejorar el servicio al ciudadano a través de la introducción de las herramientas de aprendizaje automatizado a inteligencia artificial, y consecuentemente, aumentar la productividad y la eficiencia en la confección de respuestas legales, asistencia inteligente, admisiones automática, certificaciones automática y fiscalización con diagnóstico inteligente, como actividades intrínsecas al hacer administrativo”*.

Cuarto, porque la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el conocido caso “Natalia Denegri”³⁰, y a modo de “obiter”, admite su preocupación por los algoritmos, básicamente por *“los criterios que utilizan los motores de búsqueda para determinar sus resultados –tales como el número de veces que las palabras-clave aparecen en el sitio, el lugar en el que aparecen, el título y la calidad del sitio, la cantidad de sitios que abrevan en tal lugar, el orden en el que los contenidos se presentan, entre otros factores”*, concluyendo –después de invocar su inquietud por la compatibilidad entre la “Inteligencia Artificial” y los derechos fundamentales- la necesidad de asumir hacia el futuro la problemática del funcionamiento de los algoritmos *“para que resulten más entendibles y transparentes para los usuarios, hoy sujetos a la decisión de aquellos”* (consid. 23).

Así entonces, la Corte expone un notorio fallido, que cambia todo lo que dicho antes, ya que en realidad no es que los intermediarios *“no crean información disponible”* en Internet –como se expresó en el consid. 10-, sino que, en rigor de verdad, cumplen un rol de herramientas técnicas verdaderamente activas estableciendo, a través de sus algoritmos, prelación en la presentación de la información, a través de un orden temporal de apareamiento en los resultados de búsqueda que no responde a cronología, sino a otros criterios que se desconocen.

Quinto, porque de una forma u otra, y de cualquier manera, se llega a los mismos resultados, si se invoca los principios generales que informan el procedimiento administrativo, que regulan las potestades públicas y efectivizan los derechos fundamentales en ocasión del ejercicio de la función administrativa: *“La transparencia en el uso público de la IA tiene una especial conexión con las garantías de la actuación administrativa y el debido proceso. Asimismo, los particulares afectados por las actuaciones tendrán además un reforzado derecho de acceso. Los interesados deben poder conocer la motivación de las decisiones para poder controlar que no son arbitrarias sino ajustadas a Derecho y poder recurrirlas. Hay que partir, en cualquier caso, de que lo importante no es saber lo que pasa por la cabeza de un juez o*

²⁹ COTINO HUESO, Lorenzo, “Derechos y Garantías ante el uso público y privado de Inteligencia Artificial, robótica y big data”, en BAUZÁ REILLY, Marcelo (director), *El derecho de las TIC en Iberoamérica. Obra colectiva de F.I.A.D.I. Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática*, La Ley, Uruguay 2019, pag. 917, en part. pag., 933.

³⁰ CSJN, “Denegri, Natalia c/ Google Inc s/ Derechos Personalísimos: Acciones Relacionadas”, 28 de junio de 2022.

de funcionario cuando adopta su decisión, sino que la decisión cuente con motivación suficiente y ajustada a Derecho”³¹.

Sexto, porque al fin y al cabo, la respuesta está en la propia Constitución Nacional cuando allí se reconoce el derecho al “desarrollo humano”, particularmente cuando se refiere al “desarrollo científico y tecnológico” (art. 75, inc. 19), y en este sentido –y a mayor abundamiento- cabe recordarse que las TICS en la gestión pública en general han sido destacadas como una de las variables a tener presente en los “Objetivos de Desarrollo Sostenible” (ODS).

Sin perjuicio de todo lo expuesto, hace algunos pocos días el ordenamiento jurídico argentino ha tenido una grata novedad en la materia. Mediante la Disposición N° 2, de fecha 2 de junio de 2023 (publicada en el Boletín Oficial el mismo día ³²), la Subsecretaría de Tecnologías de la Información, dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación, aprobó las “Recomendaciones para una Inteligencia Artificial Fiable” (Anexo I) y un esquema grafico de las etapas de Proyectos de Inteligencia Artificial (Anexo II).

Sin perjuicio de un análisis particular del contenido, lo que excedería el objeto de la presente colaboración, es pertinente subrayar que el documento está fundado en la existencia de un “auge en el desarrollo e implementación de proyectos que involucren inteligencia artificial”, y que, a los efectos de armonizar principios generales para el abordaje ético de la IA, la UNESCO emitió las denominadas “Recomendaciones sobre la Ética de la Inteligencia Artificial”, a la que adhirieron muchos países, entre los cuales se encuentra Argentina ³³.

7.- A MODO DE COLOFÓN

Con una atemorizante elocuencia, el filósofo chino Yuk HUI nos explica que “la gigantesca fuerza de la tecnología se está autosistematizando en todos los órdenes de magnitud – inteligencia artificial, el “Internet de las cosas”, nanotecnología, biotecnología, drones, vehículos que se conducen solos, ciudades inteligentes, SpaceX-”, y que esa fuerza “permitirá a sí misma autosustentarse”. Y esta realidad, el paso “de la legitimación *de jure* por la legitimación *de facto*” consiste en un cambio en la forma de producción del saber, en el sentido de que el conocimiento –o, en términos más estrictos, la verdad- ya no es producido por las autoridades, sino más bien por la inducción de hechos”³⁴.

³¹ COTINO HUESO, Lorenzo, “Derechos y Garantías ante el uso público y privado de Inteligencia Artificial, robótica y big data”, ob. cit., pag. 948.

³² <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/287679/20230602>.

³³ A su vez, se dice en los considerandos de la resolución que se ha reforzado “la visión argentina de generar entornos regulatorios éticos para los proyectos de Inteligencia Artificial, garantizando desarrollos centrados en las personas, con perspectiva de género y de derechos humanos. Que las soluciones tecnológicas basadas en inteligencia artificial permiten mayores niveles de automatización y el salto hacia sistemas descentralizados y predictivos para la toma de decisiones, las cuales permiten mejorar el diseño, implementación y evaluación de las políticas. Que resulta necesario establecer reglas claras para garantizar que las bondades de cualquier desarrollo tecnológico puedan ser aprovechadas por todos los sectores de la sociedad y potenciar al ecosistema científico y tecnológico argentino, para fortalecer las capacidades de innovación, desarrollo y la producción de soluciones tecnológicas. Que a su vez, dichas capacidades deben ser utilizadas en el marco de una estrategia más amplia que priorice la soberanía tecnológica, y permita dar respuesta a los problemas sociales, productivos y medioambientales del país”.

HUI, Yuk, Recursividad y contingencia, Caja Negra Editoria, Bs. As., 2022, pag. 336 y 348.

En un artículo publicado en 2008 y titulado “El fin de la teoría: el diluvio de datos vuelve obsoleto el método científico”, Chris Anderson, editor de la revista *Wired*, ya había sugerido que en la época del big data no hay necesidad de la teoría, ya que los algoritmos y los datos son capaces de generar modelos teóricos (la calculabilidad), anunciando “el fin de la teoría” tal como hasta el momento la conocíamos.

En el mismo sentido, analiza Byung- Chul HAN que “empresas como Google, que han crecido en una época con masas de datos enormemente grandes, hoy día no tienen que decidirse por modelos falsos. Y ni siquiera tienen que decidirse en general por ningún modelo . . . En lugar de los modelos de teorías hipotéticas se introduce una igualación directa de datos. La correlación suplanta la causalidad. . .”³⁵.

A lo que podríamos agregar: la big data “mata” conocimiento. Así, los datos –a través de los algoritmos y redes neuronales- no implica otra cosa que asociación de símbolos, pero sin reglas que expliquen esa asociación. Se extrae el fenómeno –símbolos que nos llevan a un objeto o resultado-, pero no comprenden el significado de la palabra o el concepto, por eso, parece que el conocimiento del experto “colisiona” con los datos meramente “postfactuales”. No obstante, y en línea a lo antes dicho respecto los principios que informan la IA en la AP, en un modelo “win-win”, los datos deben corroborarse con conocimiento, y viceversa, de tal manera que la IA debe ser complementaria al conocimiento de manera simbólica.

El avance de la tecnología incorpora varios conceptos, tales como la “hiperpersonalización” al crearse experiencias únicas basadas en deseos y preferencias de los usuarios, la “hipercuantificación” pudiéndose medir cualquier experiencia vital, la “hiperautomatización” de esa información, y finalmente la “hiperrealidad”, donde las fronteras entre lo digital y lo físico son cada vez más difusas. Por ello, permítaseme reflexionar que la Administración en la “era meta”, requiere de que tanto agentes públicos como funcionarios desarrollen nuevas competencias, no solo aquellas capacidades ligadas a las tecnologías, sino también habilidades blandas vinculadas a la creatividad, el trabajo en equipo, la capacidad de innovación y de adaptación, y la escucha activa y abierta, es decir, “capacidades ambidiestras”³⁶.

En definitiva, y como se dijo, 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 los procesos de modernización, transformación e innovación deben estar al servicio de la persona

³⁴ HUI, Yuk, *Recursividad y contingencia*, Caja Negra Editoria, Bs. As., 2022, pag. 336 y 348.

³⁵ HAN, Byung-Chul, *En el enjambre*, Herder Editorial SL, Barcelona, 2014, pag 107. De igual manera, entre nosotros se ha dicho que “Ahora estamos ante un procedimiento simbólico que permite anteponer la predicción a la explicación, a diferencia de lo que se suponía tradicionalmente: que para poder predecir tenía que haber modelos explicativos previos basados en teorías sólidas, confiables y contrastadas empíricamente. Pero es mucho más que eso porque los científicos de datos, en particular con la IA, buscan producir efectos, tanto en el ámbito natural como en el social, y anticiparse a los acontecimientos a partir de la recolección de una inmensa cantidad de datos que los dispositivos digitales almacenan. Así, podría pensarse que los científicos de datos más que observar, lo que están haciendo es intervenir suponiendo la existencia de una gran cantidad de entidades. Incluso, muchas veces ni siquiera sabiendo con certeza cuáles son los presupuestos de sus aseveraciones porque tal vez eso ya no haga falta en la perspectiva de las nuevas disciplinas” (AVARO, Dante, BERCHI, Mauro A. y STROPPARO, Pablo, *Entre Barbijos. Reflexiones acerca de la libertad en la pandemia*, Fundación Apolo, Bs. As., 2020, pag. 44).

³⁶ CAMPOS RIOS, Maximiliano, *El Estado en la Era Meta. Del “Estado Inteligente” al “Estado Inmersivo”*, ob. cit., pag. 156.

y no al revés.

La paradójica indeterminación normativa (parcial, por cierto, según lo expuesto antes), ya que se aprecia un sorprendente divorcio entre lo que sucede –al usarse habitualmente en el sector privado *apps* con algún grado de automaticidad- y la escasa regulación, nos lleva al interrogante de conocer bajo qué circunstancias y de qué manera es posible “encarar” jurídicamente la moderna realidad con “viejas” herramientas del Derecho Administrativo. Perplejidades que nos inquietan aún más, al advertirse dificultades metodológicas: los abogados podemos analizar lo “técnico” solo desde un conocimiento meramente superficial, las leyes de procedimiento administrativo (en realidad, casi todas) fueron pensadas desde una visión “antropomórfica”, sumado a que las conclusiones que podamos arribar en poco tiempo estarán obsoletas conforme el avance exponencial de las tecnologías.

No habría mayores inconvenientes cuando la AP haga uso de los denominados “algoritmos condicionales” o “deterministas”, en los cuales –al tratarse de la programación de un número finito de operaciones de instrucción matemáticas- siempre los resultados de actuación serán los mismos (dada una variable, se dará otra, “*if...then...*”). En cambio, en el supuesto de los algoritmos basados en IA (“no deterministas”), que tienen capacidad para aprender automáticamente, el sistema está preparado para ofrecer nuevos resultados a partir de la creación automática de nuevas instrucciones (reglas infinitas), con el agravante que no se sabe con precisión cual fue el recorrido para alcanzar esa solución.

En este último caso, no es posible comprender ciertamente bajo que lógica secuencial, se obtuvo la solución, y por lo tanto, desde la perspectiva jurídica, no es dable ni un control administrativo ni judicial. Luego, y por lo dicho, esto puede llevarnos a otra conclusión respecto la teoría del acto administrativo: en estos casos -en los denominados sistemas de caja negra (*black box*)- debe revertirse la característica de presunción de legitimidad de los actos administrativos, habida cuenta que la “comprensibilidad” no es algo que precisamente pueda invocarse ni por la AP, ni por cualquier persona humana.

De tal manera, la responsabilidad y la rendición de cuentas sobre procesos de IA debe descansar en personas –obviamente insustituibles-, debiendo –en definitiva- “la dimensión humana” estar presente en el proceso de toma de decisiones y evaluación sobre eventuales quejas ante violaciones a los derechos humanos³⁷. Abogamos por una “reserva de humanidad”, ya que la única empatía existente es la de la persona humana, por cuanto los algoritmos –cualquiera sea su “especie”, no tienen ni creatividad ni pensamiento crítico, solo uno de naturaleza “secuencial”.

³⁷ Suscribimos un uso complementario de la IA, y no sustitutivo, lo que se ha mencionado como “inteligencia aumentada”: “se trata de conseguir una interacción persona-máquina, de modo que la IA sirva para complementar y mejorar la actuación humana y no que los humanos simplemente deleguen sus actividades al funcionamiento de la IA” (VIDA FERNANDEZ, José, “Los retos de la regulación de la Inteligencia Artificial: algunas aportaciones desde la perspectiva europea”, en DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás y PIÑAR MAÑAS, José Luis (directores), BARRIO ANDRES, Moisés y TORREGROSA VÁZQUEZ, José (coordinadores), *Sociedad Digital y Derecho*, Boletín Oficial del Estado Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y RED, España 2018, pag. 203 y ss., en part. Pag. 222).