

EL GOBIERNO ANTE LOS RETOS DE LA NUEVA MODERNIDAD: LA GLOBALIZACIÓN Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Miguel Ángel Presno Linera
*Catedrático de Derecho Constitucional,
Universidad de Oviedo*

I. INTRODUCCIÓN

El libro en el que se insertan estas páginas busca reflexionar sobre la forma en la que desde el Derecho constitucional se deben afrontar los numerosos desafíos suscitados por la profunda transformación que han experimentado en las últimas décadas el orden social, económico y político como consecuencia, entre otras razones, de las revoluciones científica y tecnológica acaecida a finales del siglo XX y primeros años del XXI.

Pues bien, aquí nos centraremos en algunos de los retos que se le presentan en particular al Gobierno, al llamado tradicionalmente poder ejecutivo, que si bien ha conseguido alcanzar una posición de preeminencia en el conjunto de los poderes de los Estados democráticos contemporáneos —algo que parecía poco previsible en los momentos fundacionales de dichos Estados— ese mismo liderazgo le obliga a asumir la necesidad de dar respuestas a situaciones que ni originó ni, difícilmente, pueden ser solventadas desde el interior de las fronteras de cada país.

II. LA CONSOLIDACIÓN DEL GOBIERNO COMO PRINCIPAL ÓRGANO DE DIRECCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO Y EL RETO DE HACER FRENTE A LOS PROBLEMAS DE LA “NUEVA NORMALIDAD”

Si algo caracteriza hoy al Gobierno como órgano constitucional, tanto en los sistemas presidenciales como parlamentarios, es su consolidación como el principal órgano de dirección política del Estado, algo que contrasta con el entendimiento que en su día tuvieron de esta institución los promotores de la teoría de la separación de poderes, a quienes les parecía relativamente poco relevante¹, y que puede chocar también a quienes defienden en la actualidad, como veremos enseguida,

1 En el muy conocido número 48 de *El Federalista* Madison sostiene: “*The legislative department derives a superiority in our governments from other circumstances. Its constitutional powers being at once more extensive, and less susceptible of precise limits, it can, with the greater facility, mask, under complicated and indirect measures, the encroachments which it makes on the co-ordinate departments. It is not unfrequently a question of real nicety in legislative bodies, whether the operation of a particular measure will, or will not, extend beyond the legislative sphere. On the other side, the executive power being restrained within a narrower compass, and being more simple in its nature, and the judiciary being described by landmarks still less uncertain, projects of usurpation by either of these departments World immediately betray and defeat themselves. Nor is this all: as the legislative department alone has access to the pockets of the people, and has in some constitutions full discretion, and in all a prevailing influence, over the pecuniary rewards of those who fill the other departments, a dependence is thus created in the latter, which gives still greater facility to encroachments of the former*”; el fragmento reproducido puede leerse en <http://www.constitution.org/fed/federali.txt> (a 11 de septiembre de 2022).

las virtudes de una suerte de “parlamentarismo acotado” como antídoto contra los excesos del presidencialismo.

Es conocido que el progresivo afianzamiento del Gobierno en la dirección política de los Estados democráticos de la segunda mitad del siglo XX y las primeras décadas del XXI se debe, entre otras razones, a la creciente complejidad social, económica y tecnológica; a la imperiosa necesidad de adoptar medidas de manera rápida, y a las obligaciones y compromisos que los Estados han ido adquiriendo a resultas de su carácter social. Esta preeminencia del Gobierno adquiere especial notoriedad cuando se manifiesta en la que, en teoría, era una de las funciones propias y esenciales del Parlamento: la legislativa.

Así, en Estados Unidos, aunque las iniciativas legislativas pueden surgir de los congresistas, los mensajes del Presidente, de un miembro de su gabinete, o del Director de alguna agencia independiente, dirigidos a los Presidentes de la Cámara de Representantes o del Senado, se han convertido en la principal fuente de proyectos de ley, que, en muchos casos, entran inmediatamente en la correspondiente comisión, por decisión de la Presidencia de cualquiera de las dos Cámaras. Y existen muchos momentos a lo largo del procedimiento legislativo (en subcomisión, en comisión, en el debate del orden del día, en la Comisión General, o en la comisión conjunta, o finalmente en el Pleno) en los que el Ejecutivo puede influir sobre el Congreso.

En Francia, también el Gobierno controla el proceso de elaboración de las leyes, disponiendo de numerosos mecanismos para orientar, acelerar o retrasar los debates a lo largo de su tramitación en ambas Cámaras. Y aunque la iniciativa legislativa la comparten el Primer Ministro y los parlamentarios (artículo 39 de la Constitución), la gran mayoría de las leyes son de origen gubernamental. Además, los proyectos de ley tienen una posición de ventaja respecto de las proposiciones, puesto que éstas se enfrentan a obstáculos de inadmisión por motivos financiero-presupuestarios (artículo 40) o constitucionales (artículo 41).

Esta preeminencia gubernamental y, en particular, presidencial pone en guardia a Bruce Ackerman (2007: 41 y ss.) contra las bondades del presidencialismo y le impulsa a propugnar como modelo a seguir un “parlamentarismo acotado”, que “es más eficaz para mantener las tendencias al culto de la personalidad” y utiliza como argumento que el primer ministro depende en última instancia del respaldo de su partido en el parlamento y sería un suicidio político si promulgara un programa legislativo por encima de la objeción de aquél.

Sin embargo, si acudimos al modelo parlamentario por antonomasia vemos que en Gran Bretaña la tarea más importante desempeñada por el Gobierno es la

producción legislativa y no solo disfruta de un poder de iniciativa, sino que también posee amplias facultades legislativas, lo que permitió afirmar a Munro (1999: 327) “*legislation is largely a function of government*”: es el Gobierno el que propone la mayoría de las iniciativas y, aunque el Parlamento puede enmendarlas, muy pocas no se convierten en ley en la forma prevista y diseñada por el gabinete.

Es más, como señala M. C. J. Vile (1998: 394), los cambios durante el procedimiento legislativo tienden a ser marginales y, en ocasiones, las modificaciones se deben al interés del Gobierno en enmendar su propio texto al advertir algún error o como resultado de un cambio de criterio gubernamental. Esta facultad del gabinete de, una vez elegido por mayoría absoluta en la Cámara de los Comunes, alcanzar sus objetivos legislativos –en ocasiones frente a una considerable oposición fuera del Parlamento– fue descrita de manera elocuente por Lord Hailsham, ya en 1976, como “*elective dictatorship*”.

En otro de los modelos que toma Ackerman para justificar las virtudes del “parlamentarismo acotado”, la República Federal de Alemania, también el Gobierno se inserta en la función legislativa como el, con diferencia, cuantitativamente más importante productor de normas, no sólo mediante la competencia de iniciativa legislativa (artículo 76.1 de la Ley Fundamental), sino también como resultado de sus facultades en materia presupuestaria (artículos 110.3 y 111), incluso a través de la facultad de asistencia-comparecencia ante el Parlamento; a ello se unen también numerosas posibilidades informales de influencia vinculadas a consideraciones partidistas. No en vano se ha hablado del Gobierno como el “órgano legislativo central” (Schneider, 1994: 537).

Finalmente, en España y, en general, en los demás sistemas parlamentarios europeos, la situación no es muy diferente y el protagonismo gubernamental en el procedimiento legislativo se evidencia en la propia Constitución y en los Reglamentos parlamentarios y adquiere especial relevancia en materia presupuestaria².

Podemos, pues, concluir que se ha culminado el proceso de transformación de la ley, que ha pasado de ser un límite a la acción del Gobierno en el instrumento

2 De acuerdo con el artículo 134.1 CE “1. Corresponde al Gobierno la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado y a las Cortes Generales, su examen, enmienda y aprobación... 6. Toda proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirá la conformidad del Gobierno para su tramitación”; según el Reglamento del Congreso de los Diputados, las proposiciones de ley se remitirán al Gobierno para que manifieste su criterio respecto a la toma en consideración y su conformidad, o no, a la tramitación si implican aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios, siendo leído el criterio antes de iniciar el debate (artículo 126).

principal de la acción del Gobierno, de manera que el procedimiento legislativo ordinario y el reglamentario no son sino las diferentes vías jurídicas que el gabinete utiliza para la realización de su orientación política.

Y, por si fuera poco, no pocos Estados cuentan entre sus fuentes del Derecho con mecanismos legislativos en manos de los Gobiernos para hacer frente a situaciones de extraordinaria y urgente necesidad: es el caso de los Decretos-leyes, cuya existencia parece, en principio, coherente con las razones que antes se apuntaban para explicar la preeminencia actual de los Gobiernos: la creciente complejidad social, económica y tecnológica; la necesidad de adoptar medidas de manera rápida, y las obligaciones y compromisos de índole social.

Esta coherencia ha sufrido una quiebra importante, al menos en España, como consecuencia de un recurso abusivo por parte de los Ejecutivos de distinto color político a este tipo de disposiciones, lo que, unido a la notable deferencia que el Tribunal Constitucional ha mostrado en la fiscalización del presupuesto habilitante, ha pasado de ser un instrumento orientado a hacer frente a las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad –contribuyendo a la eficacia del Estado Social– a un cómodo mecanismo legislativo que permite hurtar la actividad de debate, crítica y enmienda, y por ende el pluralismo, presente en los procedimientos legislativos en sede parlamentaria.

DECRETOS-LEYES DE 1979 A 1 DE SEPTIEMBRE DE 2022											
Por años					Por legislaturas						
1979	22	1989	7	1999	22	2009	14	2019	18	LEGISLATURA	DECRETOS-LEYES
1980	16	1990	6	2000	10	2010	14	2020	39	I (1979-1982)	77
1981	19	1991	5	2001	16	2011	20	2021	32	II (1982-1986)	40
1982	26	1992	6	2002	10	2012	29	2022	15	III (1986-1989)	20
1983	9	1993	22	2003	7	2013	17			IV (1989-1993)	30
1984	15	1994	13	2004	11	2014	17			V (1993-1996)	40
1985	8	1995	12	2005	16	2015	12			VI (1996-2000)	85
1986	3	1996	17	2006	13	2016	7			VII (2000-2004)	42
1987	7	1997	29	2007	11	2017	15			VIII (2004-2008)	52
1988	7	1998	20	2008	10	2018	28			IX (2008-2011)	56
										X (2011-2016)	76
										XI (2016-2016)	1
										XII (2016-2019)	65
										XIII (2019-2019)	7
										XIV (2019-9/2022)	85

Gráfico actualizado a 1 de septiembre de 2022 a partir de los datos facilitados por Patricia García Majado en abril de este año.

Pues bien, lo llamativo del momento actual es que todo este arsenal normativo estatal impulsado y/o aprobado por los Gobiernos resulta insuficiente en un contexto de creciente globalización, riesgo al que apuntó en su día de manera certera Ulrich Beck cuando (1986: 308, 318 y 370) explicó que todo este poder resultará cuestionado cuando empiece a evidenciarse su limitada capacidad para dar respuesta a los problemas de la nueva modernidad, pues las instituciones políticas y, añadimos nosotros, los Gobiernos en particular, se convierten en asunto de un desarrollo que ni han planificado ni pueden reorientar y del que, sin embargo, en cierto modo, han de responder. Las capacidades de decisión institucional se han debilitado y la vida política, en los centros originariamente previstos para la formación de esa voluntad, pierde sustancia y amenaza con petrificarse en rituales pues la política, de la que el Gobierno es el máximo exponente, ha dejado de ser el lugar central, o por lo menos el único, en el que se decide la transformación del futuro social.

Dos ejemplos de máxima actualidad pueden servir para explicar esta incapacidad de los Gobiernos para controlar problemas económicos, políticos y sociales que “vienen de fuera” y que ellos, en principio, no han generado, pero de los que deben responder antes sus respectivas sociedades: la pandemia de COVID-19 y la guerra en Ucrania como consecuencia de la invasión rusa. Y es que, en el mundo actual, como recuerda Innerarity, “las diversas lógicas de la sociedad comienzan a desacoplarse: ¿cómo regular una economía global que se sustrae de la autoridad de los Estados y produce riesgos incalculables? ¿Qué sentido tiene el autogobierno político en sociedades interdependientes? ¿Cómo garantizar expectativas de seguridad cuando los espacios del derecho y la política no coinciden?... Los Estados son en buena medida impotentes y se ven condicionados por fuerzas que no están ligadas a los territorios, transnacionales, que parecen capaces de dictarles, por ejemplo, el contenido de la política económica...” (2020: 126-128).

Llegados a este punto, el reto democrático pasa, en primer lugar, por admitir, como también dice Innerarity (167-168), que “el sistema no puede ser controlado pero el gobierno es fundamental para el sistema y su evolución... esta paradoja del acto de gobernar caracteriza también a otros tipos de intervención en sistemas complejos, en todos los cuales una forma de autoridad se asoma a un ámbito donde las cosas tienden a ordenarse sin contar con esa autoridad... Gobernar implica aceptar las propias limitaciones de la intervención...”

Y, en segundo lugar, habría entonces que tratar de articular un modelo de gobierno “abierto” e “inteligente”, merced, entre otras cosas, al desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación y de la inteligencia artificial. En esta línea, se habla de “gobernanza pública inteligente” (Ignacio Criado, 2016:

249 y ss.) para aludir a un modelo de gestión pública que toma como referencias la teoría política democrática, el gobierno abierto y la economía colaborativa; que persigue la creación de valor público a través de la cooperación con la ciudadanía, que se apoya en una Administración abierta, transparente y colaborativa; en el que el papel del Gobierno es construir redes y crear valor público; con un Administración pública en red y como plataforma y que se sirve de herramientas como las aplicaciones, las redes sociales, el *big data* y, añadiríamos nosotros, la inteligencia artificial (IA) y los algoritmos, lo que, a su vez, plantea otros retos sobre los que volveremos de inmediato.

III. LOS RETOS QUE SUPONE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL PARA EL GOBIERNO EN UN ESTADO DE DERECHO

En el primer párrafo del Libro Blanco sobre la inteligencia artificial de la Comisión Europea, de 19 de febrero de 2020, se dice que “se está desarrollando rápido. Cambiará nuestras vidas, pues mejorará la atención sanitaria (por ejemplo, incrementando la precisión de los diagnósticos y permitiendo una mejor prevención de las enfermedades), aumentará la eficiencia de la agricultura, contribuirá a la mitigación del cambio climático y a la correspondiente adaptación, mejorará la eficiencia de los sistemas de producción a través de un mantenimiento predictivo, aumentará la seguridad de los europeos y nos aportará otros muchos cambios que de momento solo podemos intuir. Al mismo tiempo, la inteligencia artificial conlleva una serie de riesgos potenciales, como la opacidad en la toma de decisiones, la discriminación de género o de otro tipo, la intromisión en nuestras vidas privadas o su uso con fines delictivos”³.

Pues bien, desde el punto de vista del Gobierno y la Administración la inteligencia artificial (IA en lo sucesivo) supone una serie de retos ineludibles, a los que nos referiremos en las líneas siguientes. En primer lugar, el de, en colaboración con el Parlamento, someter el uso de la IA al principio de legalidad, tanto en el sentido amplio de este término, entendido como principio de juridicidad o sumisión a normas jurídicas, como, en su caso, en el sentido más preciso de regulación por leyes. Aquí nos encontramos con diferentes retos, aunque el principal sería, hay que insistir en ello, el de sujetar a disposiciones jurídicas y no meramente a dictados éticos el desarrollo, el despliegue y el uso de la IA. Al respecto el Parlamento Europeo ha sido claro: “los legisladores deben abordar los riesgos que plantea

3 Me ocupo de estas cuestiones en *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, Fundación Manuel Giménez Abad/Marcial Pons, 2022; véase, también en este mismo libro, el capítulo redactado por el profesor Francisco Balaguer Callejón. Véase también el número monográfico “Inteligencia artificial y Derecho”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 100, 2022.

actualmente la toma de decisiones basada en la IA” y pide “un entorno normativo para la IA que proporcione una gobernanza eficaz y garantice la protección de los derechos fundamentales” (párrafo 16 de la Resolución sobre la inteligencia artificial en la era digital, de 3 de mayo de 2022).

Ahora bien, “el nivel de la intervención reguladora debe ser proporcional al tipo de riesgo individual o social que entraña el uso de un sistema de IA; subraya, a este respecto, la importancia de distinguir entre casos de uso de la IA de “alto riesgo” y de “bajo riesgo”; concluye que la primera categoría requiere más salvaguardias legislativas estrictas, mientras que la segunda, en muchos casos requerirá requisitos de transparencia para los usuarios finales y los consumidores” (párrafos 298 y 133).

Y por citar una normativa jurídica ya en vigor, cabe mencionar, fuera de la Unión Europea, la canadiense Directive sur la prise de décisions automatisée/ Directive on Automated Decision-Making, de 1 de abril de 2019⁴, que tiene por objeto garantizar que los sistemas automatizados de toma de decisiones se desplieguen de manera que se reduzcan los riesgos para la ciudadanía y las instituciones gubernamentales y den lugar a una toma de decisiones más eficaz, precisa y conforme a la legislación canadiense. Esta norma prevé, entre otras cosas, que se aplicará a cualquier sistema, herramienta o modelo estadístico utilizado para recomendar o tomar una decisión administrativa y a cualquier sistema de toma de decisiones automatizado desarrollado o adquirido después del 1 de abril de 2020. También que se publicarán, a través de todos los canales de prestación de servicios utilizados, avisos, en un lenguaje sencillo y en un lugar destacado, de que la decisión tomada se realizará en su totalidad o en parte mediante un sistema automatizado de apoyo a la decisión.

La Ley establece que, como regla, habrá que hacer público cualquier código fuente que tenga el Gobierno de Canadá y contempla medidas preventivas y de control: por una parte, antes de poner en marcha la producción de un sistema automatizado se deben desarrollar procesos para que los datos y la información utilizados se sometan a pruebas para detectar sesgos involuntarios en los datos y otros factores que puedan afectar injustamente a los resultados; por otra parte, se deben desarrollar procesos para supervisar los resultados de los sistemas de decisión automatizados que eviten los resultados involuntarios y permitan verificar el cumplimiento de la legislación reguladora de forma programada. Finalmente, se garantiza que el sistema automatizado de toma de decisiones permita la intervención humana cuando sea necesario, así como la obligación de proporcionar a

4 <https://www.tbs-sct.canada.ca/pol/doc-eng.aspx?id=32592>

los usuarios todas las opciones de recurso disponibles para impugnar la toma de decisiones administrativas automatizadas.

En segundo lugar, y parafraseando el título de un trabajo de Cerillo i Martínez (2019), es necesario “abrir las cajas negras” que ocultan el uso de la IA por parte de las Administraciones públicas y ello como una garantía adicional del respeto a varios de los principios proclamados en el artículo 9.3 CE y que son consustanciales al Estado de Derecho: el de legalidad, el de la publicidad de las normas, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Además, y como recuerda Carles Ramió (2018), la falta de transparencia puede ser un problema de singular importancia debido al relevante liderazgo del sector privado en el desarrollo de aplicaciones basadas en el uso de algoritmos, lo que, además de reforzar la dependencia de las entidades privadas pudiera suponer un problema de cierta gravedad a la hora de negociar las condiciones contractuales.

A este respecto, hay que insistir en las deficiencias que presenta la vigente legislación sobre transparencia, como el elevado número de motivos y su genérica redacción que permiten denegar el acceso a la información y que resultan más evidentes cuando nos encontramos en el campo de la IA. Julián Valero (2019: 89) propone inspirarse en el ejemplo de la Ley francesa 2016-1321, de 7 de octubre, donde la regulación específica sobre la inteligencia artificial parte de la distinción entre la existencia de una solicitud de acceso o de una obligación de publicidad activa de las Administraciones públicas, que exige difundir las reglas esenciales en las que se basan los algoritmos.

En suma, la ciudadanía debe de poder conocer tanto los proyectos dirigidos a la introducción de IA como los sujetos, públicos o privados, que los van a desarrollar; también, de dónde van a salir los datos, cómo se van a captar, los plazos de ejecución de los proyectos y los resultados esperados y la inversión económica que requerirán, y todo ello de la manera más sencilla posible (Velasco Rico, 2019: 78).

En tercer lugar, y muy relacionado con lo que se acaba de comentar, la IA puede contribuir de manera muy relevante a dar efectividad al derecho a una buena administración, reconocido de manera expresa en el artículo 41 CDFUE y que puede entenderse implícitamente incluido también en el artículo 9.3 CE. A este respecto, el Consejo de Estado italiano declaró, en la sentencia 2270, de 8 de abril de 2019, que

“en general, no se puede discutir que un mayor nivel de digitalización de la Administración Pública es fundamental para mejorar la calidad de los

servicios prestados a los ciudadanos y usuarios... hay que destacar las indudables ventajas que se derivan de la automatización del proceso de toma de decisiones de la administración mediante el uso de un procedimiento digital y a través de un “algoritmo” –es decir, una secuencia ordenada de operaciones de cálculo– capaz de evaluar y calificar electrónicamente una multitud de solicitudes.

La utilidad de este modo operativo de gestión del interés público es especialmente evidente en lo que se refiere a los procedimientos seriados o normalizados, que implican la tramitación de un gran número de solicitudes y se caracterizan por la obtención de datos ciertos y objetivamente verificables y la ausencia de toda apreciación discrecional.

Ello, en efecto, se ajusta a los cánones de eficacia y economía de la actuación administrativa, que, de acuerdo con el principio constitucional de buen funcionamiento de la actuación administrativa (artículo 97 de la Constitución), exigen a la Administración la consecución de sus fines con el menor gasto de medios y recursos y a través de la agilización y aceleración del *iter procedimental*...”.

Señala Ponce Solé (2019: 56) que el desarrollo de la tecnología puede facilitar el proceso de la personalización y la anticipación en la prestación de los servicios públicos y reducir de forma significativa algunas de las barreras que tradicionalmente han dificultado este proceso, no siendo la masificación ya un obstáculo.

En cuarto término, sigue vigente el reto de sujetar a control jurisdiccional la actuación administrativa que se sirva de la IA (De la Sierra Morón, 2020) y las iniciativas que pretenden llevar a cabo tanto el Ministerio de Trabajo como la Agencia Tributaria española podrían ser unas buenas muestras; así, por citar el primer ejemplo, según la Resolución de 29 de noviembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de noviembre de 2021 por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023, “se utilizarán modelos predictivos, mediante la implementación de inteligencia artificial en la Herramienta de Lucha contra el Fraude, para la planificación de actuaciones en materia de seguridad y salud laboral, como se desarrolla en el Eje 3 de este Plan, relativo al fortalecimiento y modernización de la ITSS... Se mejorará la explotación de información y datos, a través de la inteligencia artificial, para planificar actuaciones de control del trabajo no declarado... Se introducirán técnicas de inteligencia artificial para tratar toda la información recibida en el Buzón y hacerla útil para la planificación de la actividad inspectora...”.

No obstante, debe tenerse en cuenta que “el uso de algoritmos, la clasificación de los sujetos mediante perfiles de riesgo de incumplimiento y el tratamiento de datos de forma automatizada... con objeto de seleccionar las empresas a inspeccionar puede plantear múltiples problemas jurídicos. De un lado, las normas de protección de datos y, de otro, las normas antidiscriminación y de protección de la intimidad pueden suponer límites jurídicos al uso de estas técnicas” (Todolí Signes, 2020: 317).

En todo caso, y como señala Huergo Lora (2021: 91 y ss.), siempre que la predicción algorítmica “aporte algo, tiene que estar sometida a control. Utilizando las categorías bien conocidas, en estos casos la predicción algorítmica y, como fundamento de ella, el algoritmo, forman parte del expediente administrativo y, como tal, está sometida a control (que, en el caso del contencioso-administrativo, incluye su entrega a las partes para formalizar la demanda o la contestación). Ese control jurisdiccional será más fácil o más difícil, pero, en esencia, no se distingue demasiado del que ejercen los jueces y tribunales sobre otro tipo de tecnologías que también utiliza la Administración y que están sometidas a esa verificación, que normalmente se lleva a cabo con la ayuda de informes periciales.

Si los jueces se pronuncian todos los días sobre actos administrativos que están basados en juicios técnicos de tipo económico (por ejemplo, los relativos a la resolución, modificación o liquidación de concesiones administrativas), químico (en evaluaciones ambientales o autorizaciones ambientales integradas, o en procedimientos sancionadores sobre estas materias), médico (responsabilidad patrimonial de la Administración) o de ingeniería (cumplimiento de contratos de obra), ¿por qué no habrían de pronunciarse sobre actos administrativos que utilizan predicciones algorítmicas? Y, si el juez llega a la conclusión de que los elementos que se le suministran no le permiten saber si “el algoritmo” discrimina o no, o si utiliza parámetros que no deberían tenerse en cuenta en esa decisión administrativa, creo que la respuesta más probable será anular esa decisión. Pero, en mi opinión, el marco argumental del control jurídico 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”.

Sobre estas cuestiones puede ser ilustrativo el conocido caso SyRI (acrónimo de *System Risk Indication*), el sistema que empleaba el Ministerio de Asuntos Sociales y Empleo de los Países Bajos para rastrear posibles fraudes al Estado a partir de la agregación de datos sobre ingresos, pensiones, seguros, tipo de casa, impuestos, multas, integración, educación, deudas o subsidio de desempleo de los contribuyentes. Esos datos se comparaban luego con un perfil de riesgo creado

a partir de la información de quienes ya habían cometido fraude y se elaborada una lista de personas que se podía conservar hasta dos años. Pues bien, la Corte de Distrito de La Haya sentenció el 5 de febrero de 2020 que, si bien es lícito acudir a herramientas de este tipo si concurre un interés público que lo justifique y se han adoptado las medidas oportunas para que la injerencia sea la menos posibles en la vida privada de las personas investigadas, en el caso concreto concluyó que el sistema *SyRI* no ofrecía suficientes garantías y no respetaba el principio de proporcionalidad requerido para su compatibilidad con el derecho a la vida privada amparado por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El órgano judicial tuvo en cuenta también que la normativa aplicable no ofrecía información alguna sobre cómo determinados datos o circunstancias podían implicar un incremento del riesgo ni era posible comprobar cómo se formaba un perfil de riesgo o cómo resultaba el tratamiento de datos de aquellas personas que no derivan en perfiles de riesgo. Y es llamativo que el Gobierno holandés alegara que el funcionamiento del algoritmo debía ser oscuro, pues de lo contrario no se obtendrían datos masivos sobre el comportamiento de los ciudadanos de la suficiente calidad ya que éstos ajustarían su comportamiento a los parámetros del algoritmo empleado (Lazcoz y Castillo, 2020: 217 y ss.).

El caso *SyRI* puede también valorarse como una muestra de la relevancia del control jurisdiccional como garantía frente al uso abusivo de la IA, pero, además, es necesario un control social por parte de la ciudadanía y para ello es imprescindible que dicha ciudadanía tenga formación adecuada en la materia y, además, que disponga de la información precisa.

Y volviendo a la posibilidad de control jurisdiccional, también deben estar sometidas al mismo las decisiones de las autoridades administrativas independientes que, a su vez y de acuerdo con las propuestas de las instituciones europeas, actúen como autoridades nacionales de control sobre la aplicación de la IA.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, B., *La nueva división de poderes*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007.
- BECK, U., *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 1986.

- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «Com obrir les caixes negres de les administracions públiques? Transparència i rendició de comptes en l'ús dels algoritmes», en: *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 58), 2019, pp. 13-28.
- CRIADO, J. I., «Las administraciones públicas en la era del gobierno abierto. Gobernanza inteligente para un cambio de paradigma en la gestión pública», en: *Revista de Estudios Políticos*, núm. 173, 2016, pp. 245-275.
- DE LA SIERRA MORÓN, S., «Inteligencia artificial y justicia administrativa: una aproximación desde la teoría del control de la Administración Pública», en: *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 53, 2020.
- HUERGO LORA, A., «Administraciones Públicas e inteligencia artificial: ¿más o menos discrecionalidad?», en: *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 96-97, 2021, pp. 78-95.
- INNERARITY, D., *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2020.
- LAZCOZ MORATINOS, G., CASTILLO PARRILLA, J. A., «Valoración algorítmica ante los derechos humanos y el Reglamento General de Protección de Datos: El caso SyRI», en: *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 9, núm. 1, 2020, pp. 207-225.
- MUNRO, C. R., *Studies in Constitutional Law*, Butterworths, (2ª edición), 1999.
- PONCE SOLÉ, J., «El derecho a una buena administración y la personalización de los servicios públicos. Sesgos, “nudging” e inteligencia artificial», en: PUENTES COCIÑA, B., QUINTÍA PASTRANA, A. (coords.), *El Derecho ante la transformación digital: oportunidades, riesgos y garantías*, Barcelona, Atelier, 2019, pp. 51-72.
- PRESNO LINERA, M. Á., *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, Fundación Manuel Giménez Abad/Marcial Pons, 2022.
- RAMIÓ, C., *Inteligencia artificial y Administración pública. Robots y Humanos compartiendo el servicio público*, Madrid, Catarata, 2018.
- SCHNEIDER, H. P., «Das parlamentarische System», en: BENDA, E., MAIHOFER, H., VOGEL, J. (eds.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2ª edición, 1994.

- TODOLÍ SIGNES, A., «Retos legales del uso del big data en la selección de sujetos a investigar por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social», en: *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 59, 2020, pp. 313-337.
- VALERO TORRIJOS, J., «Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración», en: *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 58, 2019, pp. 82-96.
- VARIOS AUTORES, “Inteligencia artificial y Derecho”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 100, 2022.
- VELASCO RICO, C., «Vigilando al algoritmo. Propuestas organizativas para garantizar la transparencia», en: PUENTES COCIÑA, B., QUINTÍA PASTRANA, A. (coords.), *El Derecho ante la transformación digital: oportunidades, riesgos y garantías*, Barcelona, Atelier, 2019, pp. 73-90.
- VILE, M. J. C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, CEPCO, Madrid, 1998.