



Carta de Derechos digitales y sector público: propuestas de mejora

APORTACIONES DE LA RED DAIA A LA CARTA DE DERECHOS DIGITALES

*Consulta pública Subdirección General para la Sociedad
Digital. Ministerio de Asuntos Económicos y
Transformación Digital*

Diciembre 2020

Autores (por orden de aparición)

**AGUSTÍ CERRILLO
EDUARDO GAMERO
LORENZO COTINO
ISAAC MARTÍN
JULI PONCE
CLARA VELASCO**

CONTENIDO

CONTENIDO	2
INTRODUCCIÓN.....	4
1. VALORACIÓN GENERAL Y NATURALEZA DE LA CARTA. AGUSTÍ CERRILLO (CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO UOC)	6
1.1. CONTEXTUALIZACIÓN.....	6
1.2. FINALIDAD.....	6
1.3. NATURALEZA DE LA CARTA	7
1.4. PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN.....	8
1.5. ESTRUCTURA	8
1.6. SISTEMÁTICA	9
1.7. GARANTÍA DE LOS DERECHOS RECOGIDOS EN LA CARTA	10
1.8. ACTUALIZACIÓN	10
2. LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA EN LA CARTA, EDUARDO GAMERO (CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO U. PABLO OLAVIDE, DE SEVILLA)	12
2.1. INTRODUCCIÓN	12
2.2. PROPUESTAS DE MEJORA.....	13
a) <i>Alusión expresa a las relaciones de la Carta con los derechos ya reconocidos en la legislación administrativa.</i>	13
b) <i>Reconocimiento universal del derecho a ser asistido en el uso de medios electrónicos.</i>	13
c) <i>Régimen de notificaciones.</i>	14
d) <i>Campos obligatorios y privación del derecho a subsanar.</i>	15
e) <i>Usabilidad de los medios electrónicos.</i>	16
2.3. TEXTO PROPUESTO.....	18
3. TIPOS DE IA EN EL SECTOR PÚBLICO Y NECESIDAD DE REGULACIÓN, LORENZO COTINO (CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA U. VALENCIA).....	20
3.1. COBERTURA LEGAL; RESERVA DE LEY USO DE SISTEMAS AUTOMATIZADOS O INTELIGENTES.	20
3.2. TIPOLOGÍA DE USOS DE IA, RÉGIMEN JURÍDICO DE DECISIONES AUTOMATIZADAS O SEMIAUTOMATIZADAS Y HUÍDA DEL DERECHO	21
3.3. ELEMENTOS DE EVALUACIÓN DE ALTO RIESGO Y CERTIFICACIÓN (LIBRO BLANCO...). NECESIDAD DE APROBACIÓN PREVIA DE LOS SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL	23
3.4. TRATAMIENTOS DE DATOS ANONIMIZADOS O NO IDENTIFICABLES, NECESIDAD DE EVALUACIÓN DE IMPACTO SOCIAL Y OTRAS GARANTÍAS	24
4. TRANSPARENCIA Y EXPLICABILIDAD DE LA IA EN EL SECTOR PÚBLICO. ISAAC MARTÍN DELGADO (DIRECTOR DEL CEE-UCLM, PROF. TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO)	27
4.1. UNA DOBLE PREMISA	27



El presente documento recoge las propuestas concretas de mejora efectuadas por los ponentes, que se acompañan de unas sencillas reflexiones para contextualizarlas debidamente. Las aportaciones se presentan en el orden en que fueron expuestas en el seminario virtual.

Si bien los postulados básicos son compartidos entre los distintos miembros de la red DAIA, cada uno aportó su propia perspectiva y propuso una redacción alternativa para integrarla en la Carta, lo que en algunos casos afecta a artículos coincidentes. Se ha preferido no uniformar dichas aportaciones, sino mantenerlas, para ofrecer un abanico más amplio de posible reforma del texto de la Carta, por considerar que puede resultar de mayor utilidad en el marco de la consulta pública.

El conjunto de aportaciones está disponible también en video en el canal YouTube de la Red DAIA – [Red DAIA - YouTube](#) –, al cual nos remitimos para aclaraciones adicionales.

Sería necesario trasladar claramente estas finalidades a la Carta y únicamente adaptar y concretar derechos ya reconocidos sin incluir nuevos derechos.

De todos modos, también debería valorarse la posibilidad de que la carta no solo adapte y concrete derechos ya existentes sino que, de una manera más ambiciosa, también anuncie respuesta a los recientes o futuros problemas y retos que las nuevas tecnologías emergentes o aplicaciones innovadoras de las tecnologías utilizadas de manera generalizada están empezando a generar y respecto a los que el ordenamiento jurídico aún no da una respuesta adecuada o suficiente o ni tan sólo plantea cómo proteger adecuadamente a la ciudadanía.

1.3. Naturaleza de la Carta

Determinar la naturaleza que debe tener una carta de derechos no es fácil y tradicionalmente ha sido objeto de polémica (recuérdese, por ejemplo, la que se produjo hace más de una década en torno a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

De la lectura de la Carta de Derechos Digitales no queda clara la naturaleza de la carta.

Más allá de la mención que se recoge en el documento de consideraciones previas sobre la ausencia de carácter normativo, la lectura de la carta invita a pensar que, por un lado, estamos ante un instrumento normativo y, por otro, ante una declaración política con la que “proponer un marco de referencia para la acción de los poderes públicos”.

En aras a la seguridad jurídica, deberíamos considerar que nos encontramos ante un catálogo de derechos cuya eficacia normativa no resulta de la propia carta sino de las normas jurídicas en las que están previstos. La carta constituiría una codificación de los derechos que reconoce el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, nada puede añadir respecto a lo que ya prevén las normas. Únicamente podría hacer una lectura digital de lo ya previsto en la normativa vigente siendo una interpretación política (y social) de los derechos que se considera que pueden verse más afectados por el entorno y el espacio digital sin que ello pudiese tener ninguna consecuencia ni en su eficacia ni en su régimen jurídico.

Sin embargo, la carta no mantiene un criterio uniforme al respecto lo que puede generar inseguridad jurídica y confusión. También puede entrañar frustración al crear

unas expectativas en sus destinatarios sobre su naturaleza jurídica, y por tanto sobre su eficacia y efectividad, que posteriormente no sean ciertas o no se puedan llegar a producir.

Por todo ello, sería necesario aclarar cuando se reproducen derechos reconocidos en otras normas y cuando se propone el reconocimiento de nuevos derechos. La carta debería aclarar cuándo la mención de un derecho es una simple reproducción de lo ya previsto en el ordenamiento de cuándo constitución la identificación *ex novo* de un derecho. En este segundo caso, la propia carta debería identificar cuál es su efecto.

En cualquier caso, al margen de lo anterior, es necesario poner de manifiesto que, en última instancia, la eficacia social y la efectividad práctica de la carta dependerá del uso que se haga de la misma.

De este modo, el conocimiento público de la carta, a partir de una amplia difusión, así como su uso y alegación puede dotar a la carta de una mayor eficacia y utilidad.

1.4. Procedimiento de elaboración

Ni la lectura de la Carta de Derechos Digitales ni del documento de consideraciones previas permiten conocer cuál será el procedimiento para la aprobación de la carta y, de este modo, no se identifican elementos suficientes para poder conocer su naturaleza.

Debería aclararse si se aprobará mediante una norma jurídica (ley, reglamento), a través de alguna fórmula de derecho blando (acuerdo de gobierno, protocolo, guía, etc.) o simplemente se difundirá su contenido sin que haya una aprobación formal.

Es evidente que los efectos son bien distintos en los distintos casos.

1.5. Estructura

La estructura que tiene la Carta de Derechos Digitales es adecuada y responde a una categorización clásica de los derechos.

Sin embargo, teniendo en cuenta la importancia que tanto en la propia carta como a nivel económico y social tiene el uso de la inteligencia artificial, sería conveniente agrupar los distintos derechos que se refieren a esta tecnología bajo un epígrafe específico intitulado *Derechos ante la Inteligencia artificial*.

Asimismo, sería recomendable acompañar la carta de un preámbulo en el que se exponga el fundamento, se describa el marco normativo, se haga un breve resumen del

Si se parte de la idea de que el fundamento de los distintos derechos reconocidos en la carta se encuentra en otras normas, tal vez lo adecuado sería incluirlas en el preámbulo y evitar su reproducción en relación con cada derecho.

En cualquier caso, las remisiones normativas deberían ser homogéneas y evitar diferencias como la siguiente:

“1. Se reconoce el derecho a la propia identidad en el entorno digital, de acuerdo con *el ordenamiento jurídico nacional y europeo*.

Derecho a la herencia digital

2. El acceso a contenidos y servicios digitales de los que fuera titular la persona fallecida se hará conforme a las reglas generales del *Código Civil, las leyes de las Comunidades autónomas con derecho civil, foral o especial, propio y el Título X de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.*”

4. *Falta de coherencia en el detalle del tratamiento*

Finalmente, sería adecuado garantizar una coherencia en el contenido de cada uno de los derechos puesto que algunos derechos únicamente se exponen (por ejemplo, el derecho a la seguridad en el entorno digital) y en otros se describen todas las facultades inherentes al mismo (por ejemplo, el derecho de acceso a datos con fines de investigación científica, innovación y desarrollo).

1.7. Garantía de los derechos recogidos en la Carta

El documento que se ha difundido hace una somera regulación de los mecanismos de garantía de los derechos recogidos en la carta.

La carta debería ser el instrumento en el que se describiesen de manera detallada los mecanismos de garantía, especialmente aquellos que no tienen una regulación legal, indicando el papel de los distintos actores en su funcionamiento y aplicación.

1.8. Actualización

El documento de consideraciones previas se refiere, de manera acertada, a que la Carta de Derechos Digitales “Se trata de un proceso naturalmente dinámico”.

Para garantizar el dinamismo, que por otro lado es necesario en un documento de esta naturaleza y contenido, la carta debería recoger un procedimiento de actualización que necesariamente debería ser posterior a la evaluación de su aplicación, cumplimiento e impacto.

2. LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA EN LA CARTA, EDUARDO GAMERO (CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO U. PABLO OLAVIDE, DE SEVILLA)

2.1. Introducción

Valoramos positivamente la aprobación de una Carta de Derechos Digitales. Por las siguientes razones:

1. Es necesario reconocer nuevos derechos para afrontar la situación que se produce ante la masificación de las tecnologías de la información y la comunicación.
2. El paso a la administración digital está suponiendo la pérdida y deterioro de derechos que los ciudadanos tienen reconocidos en su relación presencial o en papel, siendo necesario garantizar el respeto de estos derechos cuando la Administración emplea el medio digital, especialmente cuando es obligatorio para la ciudadanía.
3. La transición de la administración presencial a la administración en papel no es una mera traslación de un mismo esquema de funcionamiento, exige la adaptación de categorías tradicionales para preservar los derechos de la ciudadanía.

Nos parece también muy positivo el art.16.1 de la Carta, en el que se declara el derecho a la igualdad en el acceso a los servicios públicos y en las relaciones digitales con las Administraciones públicas. No existe un precepto equivalente en la legislación vigente.

Asimismo nos parece positivo el art.16.2 de la Carta, en el que se proclama el principio de universalidad y neutralidad de las tecnologías utilizadas por la Administración, que tampoco tiene correlato claro en la legislación actual.

Igualmente es positivo el art.16.5 de la Carta, en el que se establece que se ofrecerán alternativas en el mundo físico que garanticen los derechos de las personas que opten por no utilizar recursos digitales. Ahora bien, para evitar dudas de interpretación, parece necesario puntualizar que esta alternativa no sería de aplicación a las personas obligadas a relacionarse por medios electrónicos.

2.2. *Propuestas de mejora*

a) Alusión expresa a las relaciones de la Carta con los derechos ya reconocidos en la legislación administrativa.

Debería hacerse una alusión expresa a la relación que guarda la Carta con los derechos de la ciudadanía ya reconocidos en la legislación administrativa general, y especialmente en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC). Existen importantes derechos ya reconocidos en esas otras disposiciones, especialmente en los arts.12, 13, 14, 28 y 53 LPAC.

Sin embargo, tales derechos no están siendo garantizados de manera efectiva en la actualidad. La Carta debería potenciar su efectiva materialización. Un texto que podría incluirse a tal efecto como nuevo apartado en el art.16 de la Carta sería el siguiente:

“Las Administraciones públicas velarán por el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos a la ciudadanía en la legislación del procedimiento administrativo común”.

b) Reconocimiento universal del derecho a ser asistido en el uso de medios electrónicos.

El art.12.2 LPAC únicamente reconoce el derecho a ser asistidos en el uso de medios electrónicos a quienes no tengan el deber de relacionarse por ese medio. Este régimen representa una discriminación *de iure* sobre sujetos a quienes, además, se les impone un deber, por lo que tienen aún más necesidad de verse asistidos en el medio, a fin de cumplir sus deberes legales. La Carta debería remediar esta situación.

Proponemos la incorporación al art.16 de la Carta de un nuevo apartado del siguiente tenor:

“Todas las personas tienen el derecho a ser asistidos en el uso de medios electrónicos, incluso cuando estuvieran obligadas a relacionarse por dichos medios”.

c) Régimen de notificaciones.

El régimen de las notificaciones administrativas electrónicas representa un deterioro de los derechos que ostentan los ciudadanos en las relaciones presenciales, especialmente cuando se encuentran obligados a relacionarse por medios electrónicos. La situación trae causa de tres circunstancias acumuladas:

1. A los sujetos que tienen el deber de relacionarse por medios electrónicos se les vienen creando de oficio direcciones electrónicas donde, sin comunicación previa, se les depositan notificaciones administrativas. El régimen de rechazo establecido en el art.43.2 LPAC determina que, a los 10 días de depósito sin descarga, tales notificaciones se entienden practicadas. Los interesados se enteran de que se han tramitado procedimientos cuando ya se encuentran en fase ejecutiva y sin posibilidad de ejercer sus derechos de defensa: a lo largo del procedimiento, presentando alegaciones y pruebas; y a su terminación, ejerciendo los medios de impugnación. La situación genera una clara indefensión.

2. No existe dirección electrónica única habilitada en la que una persona reciba todas las notificaciones de todas las Administraciones públicas. Nunca tienen garantía de estar dados de alta en todos los sistemas de notificación articulados por las diferentes Administraciones públicas.

3. No existe una manera en la que cualquier persona pueda indicar a todas las Administraciones públicas un dispositivo o medio (por ejemplo, dirección electrónica convencional) en el que recibir los avisos de notificación de todas las Administraciones públicas. El aviso de notificación es una garantía básica del derecho a la defensa en el esquema actual de las notificaciones electrónicas, especialmente cuando el sujeto está obligado a relacionarse por medios electrónicos.

Consideramos que la Carta debería incorporar un nuevo apartado en el art.16, a cuyo efecto proponemos la siguiente relación:

“Se reconoce el derecho a recibir todas las notificaciones administrativas en una dirección electrónica habilitada única. La Administración General del Estado dará soporte a un sistema de información mediante el que articular ese derecho. La ciudadanía tiene derecho a indicar en ese sistema de información un dispositivo o medio mediante el que recibir el aviso de notificación a que alude la legislación del procedimiento administrativo común. En tanto que no se pongan en marcha estas medidas, no se podrán remitir notificaciones electrónicas a direcciones electrónicas creadas de oficio por la

Administración sin comunicación previa a la persona interesada, indicándole el medio por el que acceder al contenido de las notificaciones e invitándole a señalar el dispositivo o modo de recibir avisos de notificación”.

d) Campos obligatorios y privación del derecho a subsanar.

La implantación del medio electrónico está conduciendo en la práctica a la privación del derecho a subsanación de la solicitud de iniciación de que disponen las personas que se relacionan en papel, mediante el señalamiento de campos obligatorios que impiden presentar la solicitud de iniciación en el caso de no quedar debidamente cumplimentados. El art.68.1 LPAC dispone que, si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos establecidos en los arts.66 y 67 de la Ley, “se requerirá al interesado para que, en el plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos necesarios”. Mediante la indicación de campos obligatorios, las personas interesadas no pueden proceder a la presentación mientras que no aporten todos los datos y documentos, con lo cual, por la vía de los hechos y sin cobertura legal, se les priva del derecho a subsanar que les reconoce la Ley.

La situación resulta particularmente lesiva de derechos para las personas obligadas a relacionarse por medios electrónicos. Quienes pueden elegir el medio, en el caso de no disponer de todos los datos y documentos, pueden proceder a presentar la solicitud de iniciación en papel, y disfrutar así del plazo de subsanación de diez días. En cambio, quienes se encuentran obligados a relacionarse por medios electrónicos no tienen alternativa: o aportan todos los datos y documentos, o no pueden llegar a presentar la solicitud, y se ven privados del derecho a subsanar. Es más, se ven privados de todo derecho, pues al no lograr consumir la presentación, a todos los efectos se entiende que no han llegado a presentar la solicitud en plazo, por lo que se ven despojados no ya del derecho *formal* a subsanar, sino incluso del derecho sustantivo que pretendieran ejercer.

Dada la generalidad de la situación, la Carta debería ser sensible a este problema. Proponemos la incorporación de un apartado en el art.16, del siguiente tenor:

“Los sistemas implantados para articular la relación por medios electrónicos evitarán que se lesionen los derechos de las personas interesadas en el procedimiento administrativo. En particular, los medios de presentación de solicitudes y escritos dirigidos a las Administraciones públicas evitarán imponer campos obligatorios que impidan el ejercicio del derecho a subsanar la solicitud de iniciación. Únicamente podrán

imponerse como obligatorios los campos o datos imprescindibles para individualizar adecuadamente el escrito o solicitud presentado a efectos de su tramitación por el correspondiente sistema de información”.

e) Usabilidad de los medios electrónicos.

Los medios electrónicos implantados por las Administraciones públicas están planteando grandes problemas de usabilidad. Su configuración es a menudo confusa, y no permite a la ciudadanía una relación fluida, llegando en muchos casos a impedir la presentación de escritos y solicitudes de iniciación o participación en los procedimientos. La situación es desafortunada en muchos registros electrónicos, o en las plataformas de contratación. Frecuentemente, las personas interesadas en los procedimientos piensan que han completado todo el proceso de presentación del escrito o solicitud, y finalmente resulta que no es así.

Proponemos la adición de un inciso final al apartado 1 del artículo 16 de la Carta, con el siguiente contenido:

“Las Administraciones públicas velarán especialmente por la usabilidad de las soluciones tecnológicas que implanten, especialmente cuando se utilicen para la iniciación y tramitación de los procedimientos administrativos”.

6.- Asimetría en la aplicación del régimen del deber de relacionarse por medios electrónicos.

Desde la generalizada entrada en vigor del deber de relacionarse por medios electrónicos establecido en el art.14.2 LPAC, y su ampliación a otros muchos sujetos posteriormente mediante la habilitación normativa establecida en el art.14.3 LPAC, se observa una clara asimetría en la posición de la Administración y de los sujetos obligados, con claros beneficios para aquélla y no menos claros perjuicios para éstos.

Así, es habitual, especialmente en el ámbito local, que la Administración obligue al deber de relacionarse por medios electrónicos mediante la presentación de toda comunicación en el correspondiente registro electrónico; pero que, en cambio, no reconozca a los sujetos obligados los derechos que correlativamente les corresponden en aplicación del art.53.1 LPAC: en particular, el derecho de acceso al expediente por medios electrónicos, el derecho a realizar pagos electrónicos, o el derecho a no presentar

datos y documentos que ya se encuentren en poder de las Administraciones públicas o que hayan sido elaborados por éstas.

En resumen, en el régimen jurídico de los sujetos obligados a relacionarse por medios electrónicos, la Administración viene tomando y aplicando lo que le interesa, provocando que los ciudadanos sujetos a dicha obligación soporten un claro deterioro de sus derechos, no querido por la Ley, que, cuando impone el deber de relacionarse por medios electrónicos, correlativamente les reconoce esos derechos.

Para remediar la situación, consideramos que la Carta debería incluir un apartado en su art.16, del siguiente tenor:

“No se podrá imponer el derecho a relacionarse por medios electrónicos mientras que la Administración actuante no garantice correlativamente a las personas interesadas el ejercicio de los derechos que la legislación del procedimiento administrativo común reconoce a los sujetos obligados al medio electrónico”.

2.3. Texto propuesto

inciso final al apartado 1 del artículo 16

“Las Administraciones públicas velarán especialmente por la usabilidad de las soluciones tecnológicas que implanten, especialmente cuando se utilicen para la iniciación y tramitación de los procedimientos administrativos”.

nuevos apartados:

“Las Administraciones públicas velarán por el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos a la ciudadanía en la legislación del procedimiento administrativo común”.

apartado

“Todas las personas tienen el derecho a ser asistidos en el uso de medios electrónicos, incluso cuando estuvieran obligados a relacionarse por dichos medios”.

apartado

“Se reconoce el derecho a recibir todas las notificaciones administrativas en una dirección electrónica habilitada única. La Administración General del Estado dará soporte a un sistema de información mediante el que articular ese derecho. La ciudadanía tiene derecho a indicar en ese sistema de información un dispositivo o medio mediante el que recibir el aviso de notificación a que alude la legislación del procedimiento administrativo común. En tanto que no se pongan en marcha estas medidas, no se podrán remitir notificaciones electrónicas a direcciones electrónicas creadas de oficio por la Administración sin comunicación previa a la persona interesada, indicándole el medio por el que acceder al contenido de las notificaciones e invitándole a señalar el dispositivo o modo de recibir avisos de notificación”.

apartado

“Los sistemas implantados para articular la relación por medios electrónicos evitarán que se lesionen los derechos de las personas interesadas en el procedimiento administrativo. En particular, los medios de presentación de solicitudes y escritos dirigidos a las Administraciones públicas evitarán imponer campos obligatorios que impidan el ejercicio del derecho a subsanar la solicitud de iniciación. Únicamente podrán imponerse como obligatorios los campos o datos imprescindibles para

individualizar adecuadamente el escrito o solicitud presentado a efectos de su tramitación por el correspondiente sistema de información”.

“No se podrá imponer el derecho a relacionarse por medios electrónicos mientras que la Administración actuante no garantice correlativamente a las personas interesadas el ejercicio de los derechos que la legislación del procedimiento administrativo común reconoce a los sujetos obligados al medio electrónico”.

3. TIPOS DE IA EN EL SECTOR PÚBLICO Y NECESIDAD DE REGULACIÓN, LORENZO COTINO (CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA U. VALENCIA)

3.1. Cobertura legal; reserva de Ley uso de sistemas automatizados o inteligentes.

Respecto del uso de sistemas automatizados y de inteligencia artificial para el apoyo y asistencia a las decisiones administrativas. **Consideramos positiva la reserva de las decisiones discrecionales a órganos o personas, a salvo de ley. (art. XVI. 7 d).** Si bien pueden darse mejoras.

La referencia a decisiones discrecionales bajo cobertura legal, podría concretarse a “discrecionales políticas o bajo discrecionalidad técnica no parametrizable”. Por cuanto la reserva a *personas* puede determinarse se puede señalar que competirá a humanos en el marco de los órganos administrativos o servidores públicos competentes.

Asimismo, la referencia a la regulación legal puede concretarse a que lo sea en el marco de cada procedimiento o actuación administrativa. Se trata de evitar que una mera regulación genérica pueda avalar todo tipo de decisiones automatizadas.

De igual modo, y en cualquier caso, hay que tener en cuenta que si hay una decisión automatizada que implique un tratamiento de datos personales, será también precisa la regulación legal de dicho tratamiento con las correspondientes garantías. Todo ello en razón de los artículos 6 y 9 RGPD.

Así pues se propone la siguiente redacción y adiciones:

7. d) la adopción de decisiones discrecionales (**añadir: “discrecionales políticas o bajo discrecionalidad técnica no parametrizable”**) queda reservada a personas (**modificar: humanos en el marco de los órganos administrativos o servidores públicos competentes**), salvo que una norma con rango de ley permita la adopción de decisiones automatizadas en este ámbito (**añadir: en el marco de cada procedimiento o actuación administrativa**). (**añadir: En cualquier caso, cuando la decisión automatizada implique un tratamiento de datos personales del poder público, será**

también precisa la regulación legal de dicho tratamiento con las correspondientes garantías.

3.2. Tipología de usos de IA, régimen jurídico de decisiones automatizadas o semiautomatizadas y huída del derecho

Desde la Red DAIA hemos señalado que “más allá de la conveniencia de contar con un concepto legalmente definido acerca de qué entendemos por Inteligencia Artificial, lo realmente importante es delimitar las concretas funciones y usos de la misma, en general, y de los sistemas empleados, en particular –deterministas, predictivos, prescriptivos, con aprendizaje supervisado o no, etc.– en el ámbito del sector público, estableciendo las garantías jurídicas adecuadas en función de su alcance.”

En esta dirección, resulta positiva la ya mencionada reserva de ley para algunas decisiones automatizadas. Sin embargo, es necesario también incluir garantías frente a las decisiones semiautomatizadas, incluyendo aquellas decisiones humanas que, no obstante, se apoyan en un sistema automatizado o de inteligencia artificial en una fase de la actuación administrativa (incluso en las diligencias previas).

También la Red DAIA ha manifestado

“3. Especialmente hay que conocer el uso de la IA en las fases previas o de asistencia a las decisiones humanas, para evitar la huida del Derecho”, así como que “debe haber una clara trazabilidad y transparencia del uso de sistemas algorítmicos en cualquier fase y tipo de actuación administrativa -formal o informal- que, entre otras cosas, permita determinar el grado real de intervención humana en la toma de decisiones.” (n. 3º).

No hay que conformarse con mencionar que hay decisión y participación humanas, sino que ha de haber garantías que permitan verificar el grado real de participación humana, además de las garantías de auditabilidad, transparencia, explicabilidad del sistema. Pero es más, deben quedar claras las garantías de transparencia y protección de datos aun en los casos en los que hay intervención humana, pero la decisión administrativa parte de una actuación automatizada y especialmente en razón del impacto de la misma en la esfera de derechos e intereses afectados.

Hay que evitar una *huida del Derecho* y sus garantías. Como ha recordado el G29 “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”. No debe obviarse que en no pocos ecosistemas administrativos hay no sólo una presunción de acierto del sistema automatizado, sino una clara tendencia a simplemente validar la decisión automatizada.

Se trata por lo general de casos de uso de sistemas automatizados, tratamientos de grandes datos o inteligencia artificial que se emplean para seleccionar objetivos de posible incumplimiento normativo, para señalar una potencial inspección o diligencias previas a una posible sanción u otras actuaciones. Este tipo de usos quedan fuera de la actuación formal y por ello se facilita una huida del Derecho: garantías de transparencia, respeto del derecho a una buena administración, garantías del procedimiento, etc.

Este tipo de actuaciones quedan en general bajo el régimen parco y difuso de la “información y actuaciones previas” del artículo 55 Ley 39/2015 de procedimiento. En esta fase, la luz de la transparencia es muy tenue y difícilmente alcanza ni el derecho de acceso al expediente del propio interesado (artículo 53 Ley 39/2015) ni la legislación de transparencia

El criterio debe ser garantizar la trazabilidad de todas las fases de la decisión que finalmente es humana

Resulta bien positivo que el artículo XVI apartado 2 recuerde que

2. El poder público autor de una actividad en el entorno digital deberá identificar a los órganos responsables de la misma. **(añadir:) De igual modo, en el caso de tratamientos automatizados o uso de sistemas de inteligencia artificial habrá de detallarse si se trata de una decisión plenamente automatizada. Igualmente se concretará en qué medida el sistema o tratamiento utilizado en las diversas fases de la actuación predetermina el contenido de actuaciones administrativas, como pueda ser el caso de actuaciones de contratación, adjudicación de ayudas o subvenciones, excepto en las actuaciones plenamente regladas.**

El artículo XVI apartado 7 es inclusivo para todo tipo de uso de inteligencia artificial, es positivo, pero puede aclararse su extensión).

7. Los derechos de la ciudadanía en relación con la Inteligencia Artificial reconocidos en esta Carta resultarán también de aplicación en el marco de la actuación administrativa (adición: en todas sus fases, incluidas las fases información y actuaciones previas), en particular en los aspectos referidos al diseño y al uso de algoritmos.

Se propone añadir otra letra:

x) En el caso de que la decisión administrativa adoptada reproduzca esencialmente la propuesta del sistema automatizado o inteligente, o de inteligencia artificial, habrá de garantizarse que el interesado conozca dicha situación para poder ejercer sus derechos.

En el caso en el que la actuación administrativa se separe de la decisión propuesta por el sistema automatizado o inteligente, el interesado tendrá el derecho a que se motive o se explique la separación de dicho criterio. (nota, esto puede incorporarse en el derecho de la letra c).

Cabe recordar en este sentido que es de interés:

Artículo XXI. Derecho a la protección de la salud en el entorno digital

2. El empleo de sistemas digitales de asistencia al diagnóstico, y en particular de procesos basados en inteligencia artificial no limitará el derecho a la libertad diagnóstica del personal facultativo.

3.3. Elementos de evaluación de alto riesgo y certificación (Libro blanco...). necesidad de aprobación previa de los sistemas de Inteligencia Artificial

Es bien clara la línea del [Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial](#) de febrero 2020. El concreto uso y especificaciones particulares han de llevar a calificar los riesgos y los impactos y afecciones concretas de los derechos en juego. Según el nivel de riesgo que se determine habrán de especificarse las garantías adecuadas y, en su caso, habrá de regularse un procedimiento de aprobación previa de la tecnología, como acaba de señalar el [Parlamento Europeo en octubre 2020](#), un “certificado europeo de conformidad ética”.

diversos mecanismos para asegurar la calidad de los datos y los tratamientos, análisis específicos de impacto social y participación de la sociedad civil. Ello bien puede integrarse en procedimientos participativos y de audiencia pública que se adoptarán en el marco de la autoorganización de los poderes públicos.

En estos supuestos que no se tratan datos personales, Muy difícilmente tales decisiones tendrán una repercusión o impacto individualizable que facilite su fiscalización jurídica. Sin embargo, su impacto colectivo o social sí que es muy relevante.

Es por ello que aunque no se apliquen las garantías concretas que puedan derivarse de derechos en juego, considero que la regulación habrá de mayores garantías y régimen jurídico a estos usos más genéricos. Deben darse a conocer estos sistemas, los datos que manejan y los elementos de suficiente calidad de los mismos y de los tratamientos que se efectúan. Debe incluirse a los colectivos de la sociedad civil en órganos y posiciones jurídicas cualificadas que les permitan conocer más de cerca estos tratamientos masivos de datos y acceder al conocimiento que se extrae de los mismos. No hay que excluir la regulación de estudios de impacto social o colectivo en los que se aborde el impacto no sólo en derechos subjetivos concretos bajo una perspectiva individual, sino del impacto colectivo ya sea en derechos (igualdad, educación, salud, medio ambiente, etc.) como en intereses públicos colectivos (principio democrático, justicia, competencia, progresividad fiscal, etc.).

Adición de apartado:

xx) Lo dispuesto en este artículo se cumplirá a título de principios cuando se empleen sistemas automatizados o inteligentes para el tratamiento de datos anonimizados o no personales, para el apoyo a la toma de decisiones públicas colectivas relevantes para la movilización y destino de recursos económicos, administrativos, prestacionales y personales con relación al ejercicio de derechos fundamentales o para el ejercicio de funciones públicas o la prestación de servicios.

Bajo estos principios habrán de regularse y garantizarse mecanismos de estudios de impacto social, que sirvan para asegurar la calidad de los datos y de los tratamientos. Como mínimo habrá de informarse del uso de estos sistemas, así como los datos que se utilizan para alimentar los algoritmos, su lógica de funcionamiento y a la evaluación de los resultados.

Asimismo, en el marco de la autoorganización de los poderes públicos y la legislación de participación aplicable, habrá de asegurarse la particular transparencia y la participación de la sociedad civil especialmente implicada en el marco de procedimientos participativos y de audiencia pública que se adopten. Es su caso, se regularán estudios de impacto social de estos sistemas.

(a este respecto cabe tener en cuenta el acertado art XVII del ámbito laboral también para este tipo de tratamientos, muy positiva)

4. *Sin perjuicio del derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en procesos de decisión automatizada, salvo en los supuestos previstos por la ley, se informará a los representantes de los trabajadores y las personas directamente afectadas sobre el uso de la analítica de datos o sistemas de inteligencia artificial en la gestión, monitorización y procesos de toma de decisión en materia de recursos humanos y relaciones laborales. Este deber de información alcanzará como mínimo al conocimiento de los datos que se utilizan para alimentar los algoritmos, su lógica de funcionamiento y a la evaluación de los resultados.*

4. TRANSPARENCIA Y EXPLICABILIDAD DE LA IA EN EL SECTOR PÚBLICO. ISAAC MARTÍN DELGADO (DIRECTOR DEL CEE-UCLM, PROF. TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO)

4.1. Una doble premisa

En coherencia con el objetivo que nos hemos planteado y la metodología que hemos acordado, a la hora de abordar la cuestión relativa a la transparencia y “explicabilidad” del uso de técnicas y herramientas de IA en el sector público, parto de dos premisas:

–A nivel práctico, las aplicaciones y soluciones que hacen uso de IA en la Administración que se están poniendo en práctica en estos momentos, en términos generales, no han sido aprobadas previamente con carácter formal y ni siquiera son conocidas, en la mayor parte de los casos, más allá de notas de prensa o documentos técnicos que hacen mención a las mismas. Así quedó acreditado en el I Seminario de la Red DAIA organizado en Toledo el pasado 1 de abril de 2019 en una estupenda ponencia de Ignacio Alamillo. Ello genera opacidad, inseguridad jurídica y desconfianza, influyendo decisivamente sobre la legitimidad de la actuación de los poderes públicos.

–Desde una perspectiva teórica, entiendo el empleo de IA en el ámbito público es una manifestación del deber de la Administración de perseguir con eficacia y objetividad la satisfacción de los intereses generales previsto en el art. 103 CE, que ha de conciliarse con los derechos y garantías que la propia Constitución y el resto del ordenamiento jurídico otorgan a los ciudadanos en sus relaciones con los poderes públicos. En definitiva, es un instrumento, no un sustitutivo del concepto de Administración Pública tal y como la configura nuestro texto constitucional.

A ello se ha de unir una tercera idea general: el uso de técnicas y herramientas de IA no nos viene dado ni impuesto. Somos nosotros, desde el Derecho y la Política, quienes hemos de determinar los instrumentos que mejor se adapten a nuestras necesidades, el espacio de actuación, el método de aplicación y las garantías exigibles.

4.2. *Transparencia en el uso de la IA en el sector público*

La transparencia, como todos sabemos, es un principio general de la actuación administrativa (consagrado en el art. 3 LRJSP) y un derecho constitucional (reconocido en el art. 105 CE y en desarrollado por la LTBG). Como principio y como derecho, posee múltiples manifestaciones y aplicaciones prácticas en diferentes sectores del ordenamiento jurídico-administrativo. Pero se trata de eso, de manifestaciones, de un mismo principio y un mismo derecho.

En consecuencia, hablar de transparencia en el uso de la IA en el sector público exige tomar en consideración una doble manifestación:

–transparencia externa: referida a la difusión de la información relativa a la existencia de sistemas que hacen uso de técnicas de IA en el sector público, los organismos responsables de su configuración y gestión, las empresas que los han diseñado y las condiciones de la contratación, etc.

–transparencia interna: referida al funcionamiento práctico de la solución de la que se hace uso: espacio, carácter decisorio o no decisorio, tipo de tecnología empleada, forma de razonamiento del sistema, etc.

En este sentido, como también sabemos, la transparencia tiene una doble vertiente: proactiva y reactiva. En relación con esta cuestión, dos son los preceptos del borrador de Carta de Derechos Digitales que nos interesan: el XVI y el XXIII.

En lo que interesa a este bloque, el primero de los preceptos (aunque no tenga carácter jurídico vinculante, creo que podemos emplear esta calificación), incorpora tres exigencias de carácter general que resultan poco novedosas, por estar reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico por normas con rango legal: en primer lugar, la necesidad de identificar a los órganos responsables de toda actividad pública realizada en el entorno digital; en segundo lugar, la aplicabilidad del principio de transparencia al entorno digital y, en particular, la garantía del derecho de acceso a la información pública y del cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa; en tercer lugar, el deber de indemnizar los daños causados por decisiones digitales.

Sí constituye una novedad muy relevante, por el contrario, lo dispuesto en el apartado 7, que contiene una consideración general y dos garantías específicas directamente relacionadas con la transparencia:

a) La consideración general es que los derechos de la ciudadanía en relación con la IA reconocidos en la carta (los del art. XXIII, que contienen previsiones novedosas) resultarán de aplicación igualmente en el marco de la actuación administrativa.

b) La primera de las garantías es el derecho a obtener una motivación comprensible en lenguaje natural de las decisiones que se adopten en el entorno digital, con justificación de las normas jurídicas relevantes y de los criterios de aplicación de las mismas. Sobre este tema volveré inmediatamente.

c) La segunda de ellas es la necesidad de evaluar el impacto sobre los derechos digitales del diseño de los algoritmos para la toma de decisiones automatizadas o semiautomatizadas y, junto con ello, de aprobar con carácter previo a su utilización los sistemas algorítmicos que se vayan a usar para la toma de decisiones, especificando su ámbito concreto de aplicación y su estructura de funcionamiento.

Se recogen, en relación con estos dos extremos, sendas propuestas que planteamos desde la Red DAIA en la primera consulta pública abierta en el mes de julio.

Como complemento de estos derechos, el art. XXIII incorpora una consideración específica, también planteada por nosotros, en relación con el deber de transparencia: la necesidad de asegurar la transparencia, la auditabilidad, la explicabilidad y la trazabilidad en el desarrollo y ciclo de vida de los sistemas de inteligencia artificial que se apliquen en el ámbito de las Administraciones Públicas.

Más allá de valorar muy positivamente estas previsiones, por lo que implican, pueden formularse tres consideraciones de orden crítico.

–En primer lugar, se trata de una doble garantía de orden formal que, sin embargo, debería ir acompañada en mi opinión de una *garantía de carácter institucional*: la atribución a un órgano específico, en cada nivel de Administración, de la competencia para esa verificación y aprobación previas.

–En segundo lugar, en relación con esta cuestión, se detecta una grave carencia: el reconocimiento explícito del *derecho de acceso a la información sobre el funcionamiento del sistema algorítmico* (calidad de los datos que usa, margen de error, espacio de aplicación –decisorio/no decisorio–), y, en particular, a su código fuente. Soy plenamente consciente de que este tipo de información puede afectar a otros derechos e intereses, públicos y privados (secreto de las actuaciones administrativas en curso, intereses económicos y comerciales, por ejemplo). Pero ello no justifica la no inclusión del mismo

en una Carta como la que se pretende aprobar, porque constituye una de las principales garantías. Bastaría con reconocerlo explícitamente, salvaguardando esos otros eventuales intereses mediante la tradicional cláusula “sin perjuicio de”.

–En tercer lugar, en este tipo de previsiones se aprecia muy bien la *debilidad de las proclamaciones de la Carta al carecer de carácter jurídico vinculante*. La novedad que supone en nuestro sistema la necesidad de aprobar las aplicaciones que hagan uso de algoritmos podrá ser desconocida por las diferentes Administraciones sin que de ello se derive consecuencia alguna, puesto que no cuenta con el reconocimiento en ninguna otra norma. Dicho sencillamente, es una indicación voluntaria.

Soy consciente de que la Carta ha sido redactada como si fuera a tener carácter jurídico vinculante, con la finalidad de inspirar y orientar las distintas normas que regulan estas cuestiones; y, precisamente por ello, la aprobación y entrada en vigor de la misma generará efectos jurídicos positivos a través de su aplicación por los distintos operadores jurídicos y, en particular, por el recurso a la misma como fuente de inspiración y recurso de interpretación por parte de jueces y tribunales o, incluso, a través de su incorporación a normas jurídicas vinculantes. Pero ello dependerá de operadores jurídicos, Jueces y Tribunales, Gobiernos y Legisladores, no de la voluntad de la propia Carta. Por ello, debería reconsiderarse este planteamiento fundamental. El Derecho no lo puede todo y necesita de políticas públicas para lograr los fines que se buscan con las normas; pero el carácter jurídico vinculante es la principal herramienta de la que se vale el Derecho para perseguir esos fines.

Añado un matiz: estas exigencias resultarían predicables al menos respecto de los casos en los que el empleo de técnicas y herramientas de IA no es un mero auxilio secundario en la toma de decisiones, sino que las condicionan sustancialmente, aunque formalmente sean imputadas por humanos. Es ahí donde las cautelas han de ser mayores y, por tanto, las garantías, aunque constituyan cargas para la Administración, cumplen con el principio de proporcionalidad.

4.3. Explicabilidad en el uso de la IA en el sector público

Más allá del “palabro”, traducción literal del inglés, la necesidad de motivar los actos administrativos como garantía del derecho de defensa de los interesados es un requisito ineludible, por estar directamente conectado con un derecho fundamental, y, al

mismo tiempo, condición de validez de los mismos. Por supuesto, es la premisa fundamental para poder ejercer otro de los derechos que reconoce la Carta en su art. XXIII, el derecho a impugnar las decisiones automatizadas o algorítmicas, y, con carácter general, en el XXV, que regula las garantías de los derechos en entornos digitales.

Ante este planteamiento, dos son las opciones. Señalar que lo que no puede explicarse no puede hacerse y, por tanto, impedir el uso de técnicas y herramientas de IA en la toma de decisiones administrativas que incorporen zonas de penumbra en el proceso decisorio; o buscar los medios para hacer valer la motivación, si bien de una forma diferente. Me inclino por esta segunda opción. En mi opinión, en relación con esta cuestión se produce un cambio sustancial. En los casos en los que las decisiones son adoptadas con intervención humana, no importa tanto qué pase por la mente de quien decide como la justificación que se ofrece de esa decisión, aunque exista una clara incoherencia entre uno y otro extremo; sin embargo, en los supuestos en los que las decisiones sean adoptadas por máquinas, por sistemas algorítmicos –sean éstos predictivos, no predictivos o prescriptivos– el foco de atención debe ponerse únicamente en el resultado final (hemos de tener en cuenta que en algunos casos no podrá trazarse debidamente cómo se ha llegado a ese output), sino en la forma en la que “piensa” el sistema. Dicho sencillamente, la llamada opacidad algorítmica puede ser transformada en transparencia algorítmica a través de la imposición de condiciones en el diseño. Desde esta perspectiva, conectando con lo anterior, la aprobación previa de los sistemas algorítmicos, la transparencia de su funcionamiento interno y la auditoría a través de órgano especializado e independiente resultan fundamentales.

En cualquier caso, de aceptarse este planteamiento, no debería bastar con la referencia genérica a la explicabilidad y trazabilidad en el art. XXIII.1 b) de la Carta, ni con la necesidad de motivación comprensible en lenguaje natural del art. XVI.7 c), sino que debería irse más allá y añadir expresamente la garantía institucional: un órgano (no tiene por qué ser de nueva creación) al que se encomiende específicamente la doble función de aprobación previa y visado durante el ciclo de vida del sistema algorítmico.

4.4. *Propuestas de mejora*

En definitiva, aunque considero que, en relación con los extremos analizados, la Carta aporta alguna de las cuestiones más interesantes de todo su contenido, recogiendo las propuestas que la Red viene manteniendo desde su creación sobre la transparencia y la explicabilidad del uso de sistemas algorítmicos y acertando en el planteamiento, persisten algunas carencias que deberían ser subsanadas en su versión final. En este sentido, debería valorarse la integración de dos mejoras.

Debería contemplarse en un nuevo apartado (8) en el artículo XVI la garantía institucional de la transparencia y la explicabilidad del sistema para hacer valer las exigencias que contempla el apartado 7 y asegurar su cumplimiento.

“Las Administraciones Públicas encomendarán a un órgano independiente y especializado, dotado de medios materiales suficientes y de profesionales cualificados que garanticen su autonomía de funcionamiento y su solvencia técnica, la previa aprobación, supervisión y control de los sistemas algorítmicos que se habiliten en su ámbito de actuación”.

Asimismo, a los derechos que contempla el apartado 7 del mismo precepto, debería añadirse una nueva letra

“e) acceder a la información sobre el funcionamiento del sistema algorítmico y, en particular, acerca de los datos que usa, su margen de error, su ámbito de aplicación, su carácter decisorio o no decisorio y su código fuente, sin perjuicio de otros derechos o intereses reconocidos por norma con rango de Ley”.

5. EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN Y LA IA: SESGOS Y DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO TECNOLÓGICO. JULI PONCE (CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO U. BARCELONA)

Modificaciones y adiciones propuestas

Se valora positivamente el contenido de la carta en lo que se refiere al derecho a una buena administración, a la evitación y mitigación de sesgos y al procedimiento administrativo para la toma de decisiones automatizadas. Dicho esto, se proponen a continuación modificaciones para la mejora del texto existente de la Carta, así como adiciones en relación con cuestiones que han sido omitidas.

En concreto, se sugieren cambios en los arts. XVI, VIII y XXIII. A continuación se ofrecen las razones que justificarían tales cambios, para seguidamente proponer un texto concreto alternativo.

5.1. Las razones para los cambios propuestos y el texto alternativo concreto sugerido

En relación con:

Art. XVI, apartado 7:

Letra a):

En nuestro ordenamiento existen principios jurídicos de buen gobierno (ley estatal 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno) y un derecho a una buena administración, que implica destacadamente una obligación jurídica de diligencia debida o debido cuidado, de acuerdo con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. Todo ello justifica su inclusión en la Carta.

En cuanto a los principios de buen gobierno, es destacable, por ejemplo, la resolución 653/2018, de 1 de febrero de 2019, del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, en la que se señala que:

“Se recuerda al Ministerio del Interior que, derivado del artículo 26.2 a), apartado 5º, de la LTAIBG7, **es un principio general de buen gobierno actuar con la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones y fomentar la calidad en la prestación de servicios públicos**. Igualmente, se le recuerda que constituye infracción leve, tipificada en el artículo 29.3 b) de la LTAIBG8 El descuido o negligencia en el ejercicio de sus funciones y el incumplimiento de los principios de actuación del artículo 26.2. b)”

En cuanto a la buena administración, el Tribunal Supremo de España, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, ha afirmado su existencia en nuestro ordenamiento en numerosas sentencias, como la de 15 de octubre de 2010:

“Es sabido que el **principio de buena administración está implícito en nuestra Constitución** (artículos 9.3, 103 y 106), ha sido positivizado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 41 y 42)”

“constituye, según la mejor doctrina, **un nuevo paradigma del Derecho del siglo XXI referido a un modo de actuación pública que excluye la gestión negligente**

“y –como esta misma Sala ha señalado en anteriores ocasiones- no consiste en una pura fórmula vacía de contenido, sino que **se impone a las Administraciones Públicas, de suerte que el conjunto de derechos que de aquel principio derivan** (audiencia, resolución en plazo, motivación, tratamiento eficaz y equitativo de los asuntos, buena fe) **tiene –debe tener- plasmación efectiva y lleva aparejado, por ello, un correlativo elenco de deberes plenamente exigible por el ciudadano** a los órganos públicos”

El derecho a una buena administración debe regir plenamente también en el ámbito digital y en el uso de la IA (como han señalado tribunales de otros países, como por ejemplo el Consejo de Estado italiano, en diversas decisiones como la de la Sala Sexta, Sentencia de 4.2.2020, Nº 881).

Por todo ello, se introducen pequeñas matizaciones en el apartado a, de acuerdo con la normativa y jurisprudência existente.

Letra b) y ss.

Se corrige un orden sistemático inadecuado y se reordenan los apartados siguiendo el siguiente orden:

1. Posibilidad de uso de IA
2. Procedimiento de elaboración de los algoritmos y aprobación de los algoritmos
3. Toma de la decisión administrativa automatizada o semiautomatizada con los algoritmos
4. Motivación de la decisión adoptada

1. Posibilidad de uso de la IA

Letra b: La existencia de diversos riesgos en la IA (sesgos, errores de correlación y ausencia de empatía humana) y la aplicación del *principio de precaución* en relación con dichos riesgos aconsejan limitar las decisiones automatizadas discrecionales, cuya definición se precisa, como ya se ha efectuado en Alemania (país donde se prohíben completamente: §35a *Verwaltungsverfahrensgesetz* (https://www.gesetze-iminternet.de/vwvfg/_35a.html) (Ley de procedimiento administrativo) “Un acto administrativo puede ser adoptado íntegramente por órganos automáticos, **siempre que la ley lo permita** y que **no haya discreción ni margen de apreciación**”)

Esta cuestión es distinta de la supervisión humana prevista en el art. 22 RGPD y en la carta en el art. XXIII, 2 a. Por cierto, esta supervisión debería ser a cargo de un humano con autoridad y capacidad para cambiar la decisión, de acuerdo con las guías ofrecidas por el *Article 29 Working Party*. Se modifica este art. XXIII, 2 a, en tal sentido

2. Procedimiento elaboración de Algoritmos y aprobación de éstos

Letra c y d: la evaluación de impacto y la aprobación previa de las características de los algoritmos se redactan teniendo en cuenta normativa ya existente, con la voluntad de que la evaluación sea global y tenga en cuenta el marco jurídico existente y de que la aprobación previa permita la participación ciudadana, de acuerdo con el art. 83 de la ley 39/2105 e incluya si es posible jurídicamente la información relevante en referencia a los algoritmos (código fuente).

3. Toma decisión automatizada o semiautomatizada

Letra e: se incluye el derecho del afectado a ser escuchado, que se omitía (contemplado en el art. 22 RGPD y en nuestra ley de procedimiento administrativo

común) y que es imprescindible. Asimismo, se incluye el principio procedimental antiformalista, de tal manera que ninguna persona pueda ver menoscabados sus derechos por los aplicativos informáticos que la AP haga servir, cosa que sucede no infrecuentemente debido a la rigidez de los mismos.

Letra f: se completa el contenido de la necesaria y crucial motivación, en mayor garantía de la defensa de los ciudadanos y de la comprobación del cumplimiento de la obligación de buena administración, con inspiración en el RGPD y en la legislación de otros países. Se añade la exigencia de expresar el uso de IA, la lógica empleada, las variables usadas y el código fuente, éste siempre que sea jurídicamente posible.

En consecuencia, el texto quedaría de la siguiente manera si se siguieran las indicaciones efectuadas:

7. Los derechos de la ciudadanía en relación con la Inteligencia Artificial reconocidos en esta Carta resultarán también de aplicación en el marco de la actuación administrativa, en particular en los aspectos referidos al diseño y al uso de algoritmos. En todo caso, se reconoce el derecho a:

a) Que las decisiones y actividades en el entorno digital respeten los principios jurídicos de buen gobierno y el derecho a una buena Administración digital, desarrollándose con la debida diligencia y el debido cuidado.

b) Que la adopción de decisiones discrecionales implicando una valoración entre diferentes alternativas que no puedan adoptarse con una programación basada en criterios y parámetros objetivos quede reservada a un decisor humano, salvo que excepcionalmente una norma con rango de ley permita expresamente su adopción con base únicamente en procesos de decisión automatizada.

c) Será necesaria una evaluación de impacto proporcionada al tipo de decisión a adoptar, que tome en consideración los aspectos relevantes sociales, ambientales y económicos en el diseño de los algoritmos en el caso de adopción de decisiones automatizadas o semiautomatizadas, prestando especial atención al respeto del ordenamiento jurídico, incluido el derecho a la igualdad.

d) En todo caso, serán objeto de aprobación previa los sistemas algorítmicos que se vayan a usar para la toma de decisiones. El procedimiento de aprobación

previa incluirá un trámite de información pública, de acuerdo con la ley de procedimiento administrativo común.

La aprobación previa contendrá la determinación del 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, que también deberá ser incluido, salvo imposibilidad jurídica debidamente motivada.

Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación.

e) Un procedimiento administrativo de toma de decisiones automatizadas con las debidas garantías, incluyendo el derecho de audiencia del interesado, que en ningún caso pueda dificultar o imposibilitar el ejercicio de los derechos de las personas.

f) Obtener una motivación racional y comprensible, en lenguaje natural, de todas las decisiones que se adopten en el entorno digital, con justificación de las normas jurídicas relevantes al caso, de los criterios de aplicación de las mismas y de la lógica empleada.

Dicha motivación deberá ser suficiente para permitir la defensa de los derechos afectados y comprobar la buena administración desarrollada, incluyendo:

- información sobre el tipo de uso de Inteligencia Artificial, las variables usadas, su ponderación en la decisión final y la manera como deberían haber cambiado para que la persona obtuviera un resultado distinto.

- el código fuente, siempre que sea legalmente posible, justificando en su caso la imposibilidad jurídica de su inclusión.

El resto de preceptos modificados, artículos VIII y XXIII, tienen relación con los sesgos y la manipulación

Dado que los sesgos pueden provenir de los programadores humanos (sesgos cognitivos) de los datos empleados (insuficientes, no representativos, erróneos) y del propio funcionamiento de los algoritmos (aprendizaje automático, correlaciones erróneas), ello se tiene en cuenta en la nueva redacción.

Asimismo, se detecta la no inclusión de una referencia a la discriminación por motivos económicos (no infrecuente, mediante el uso de *proxies*: por ejemplo, código postal para conceder o denegar créditos o seleccionar o no a un empleado) ni la mención de los distintos tipos de discriminación que pueden existir de acuerdo con el derecho de la UE, así como a la facilidad probatoria en favor de la persona que se considera discriminada.

En el artículo XXIII, 2 a se introduce una referencia a cómo debe ser la supervisión humana, como se dijo, de acuerdo con las guías ofrecidas por el *Article 29 Working Party*

También se detecta una falta de alusión a los derechos sociales, elementos relevantes de la igualdad real.

En cuanto a la manipulación, mediante el denominado *hypernudging* o *nudging* de precisión, se usa en la Carta junto al verbo manipular también el verbo perturbar, que no parece tan indicado como el verbo controlar, atendiendo al Diccionario de la Lengua Española:

perturbar

1. tr. Inmutar, trastornar el orden y concierto, o la quietud y el sosiego de algo o de alguien. U. t. c. prnl.
2. tr. Impedir el orden del discurso a quien va hablando.
3. prnl. Dicho de una persona: Perder el juicio.

Manipular

3. tr. Intervenir con medios hábiles y, a veces, arteros, en la política, en el mercado, en la información, etc., con distorsión de la verdad o la justicia, y al servicio de intereses particulares.

controlar

1. tr. Ejercer el control sobre alguien o algo.

Teniendo en cuenta lo dicho, se redactan de nuevo varios preceptos de la carta, los centrales referidos a la discriminación y manipulación, incluyendo lo señalado, sin perjuicio de que de aceptarse la nueva redacción tuvieran que modificarse otros relacionados (por ejemplo, el IX. 4.).

Si se aceptaran los cambios propuestos, la nueva redacción sería la siguiente:

5.2. *VIII. Derecho a la igualdad y a la no discriminación en el entorno digital*

VIII.

1. Se reconoce el derecho a la igualdad en los entornos digitales. Queda prohibida la discriminación directa, indirecta, interseccional y el acoso, en razón de cualquier motivo, incluyendo la desventaja socioeconómica.

Corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del derecho a la igualdad de trato cuando una persona que considere su derecho violado alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación en el entorno digital

5.3. *artículo XXIII. Derechos ante la Inteligencia artificial*

XXIII.

1. En el desarrollo y ciclo de vida de los sistemas de Inteligencia Artificial:

a) Se deberá garantizar el derecho a la no sufrir acoso ni discriminación directa, indirecta o interseccional algorítmica, cualquiera que fuera su origen, causa o naturaleza del sesgo, en relación con las decisiones y procesos basados en algoritmos. Para ello:

-El diseño de los algoritmos debe basarse en el respeto a la igualdad, incluyéndose en la evaluación de impacto de los mismos los posibles riesgos de discriminación.

Los datos empleados para desarrollar y entrenar a los algoritmos deben ser suficientemente representativos de la sociedad en que se vayan a emplear.

Los responsables de la programación procurarán integrarse en equipos humanos con la necesaria diversidad para evitar sesgos en el diseño de los algoritmos.

Estos equipos humanos deberán recibir formación para mitigar los sesgos cognitivos humanos y en la evaluación del impacto de los algoritmos deberán justificar que herramientas han empleado para ello.

2. a) solicitar una supervisión e intervención humana a cargo de una persona con autoridad y capacidad para cambiar la decisión.

Nuevo apartado 5: El uso de herramientas digitales respetará, protegerá y satisfecerá los derechos sociales y económicos, sin que puedan ser rebajados en el entorno digital

XXIII

Derechos ante la Inteligencia artificial

4. Se prohíbe el uso de sistemas de Inteligencia Artificial dirigidos a manipular o controlar la voluntad de las personas, en cualesquiera aspectos que afecten a los derechos fundamentales. La arquitectura de la decisión diseñada deberá ser transparente y permitir en todo caso el ejercicio de la libre voluntad de la persona, evitando influencias indebidas opacas.

6. PERSONAL, INSTITUCIONES Y GOBERNANZA DE LA IA EN EL SECTOR PÚBLICO, CLARA VELASCO (PROFESORA. AGREGADA INTERINA DE DERECHO ADMINISTRATIVO U. POMPEU FABRA)

La Carta ha sufrido una depuración de contenidos y conceptual, muy necesaria y acertada, y ha quedado articulada como un catálogo de derechos ordenado y lógico en cuanto a su estructura y lógica interna.

Pese a que la carta no aborde muchas de las cuestiones que ahora se van a enunciar es preciso siquiera apuntarlas puesto que su relevancia es capital para el desarrollo correcto de cualquier proyecto cuyo objetivo sea la implementación de sistemas de inteligencia artificial en el ámbito público. Estas reflexiones generales giran en torno a cinco elementos: la calidad de los datos, la formación del personal al servicio de las AAPP y la atracción de talento hacia el sector público, cambio cultural, códigos éticos y equilibrio en las relaciones público-privadas en la materia.

6.1. Calidad de los datos

En primer lugar, en cuanto a los datos, la Carta nada dice al respecto y quizás debiera incluirse una mención a la calidad de estos. Si la Administración apuesta por el uso y desarrollo de herramientas de inteligencia artificial o de software inteligente, debería explicitarse la necesidad de contar con datos de buena calidad que puedan alimentar los sistemas que, o directamente, adaptarán decisiones o arrojarán previsiones sobre las que tomarlas, ya sean en procedimientos administrativos concretos o en los procesos de diseño y ejecución de políticas públicas. Si nos encaminamos hacia una *data-driven regulation*, está fuera de toda duda que los poderes públicos deben adoptar todas aquellas medidas que sean necesarias para garantizar que los datos que se manejan sean de calidad es decir no estén sesgados y no estén contaminados. En caso contrario, si los datos son de mala calidad, las políticas públicas o las decisiones que sobre ellos se adopten, no arrojarán los resultados esperados, y pueden ser contrarias a derechos fundamentales (por solo poner un ejemplo, el principio de igualdad) si resultan en medidas discriminatorias.

6.2. Formación de los empleados públicos y atracción de talento

En segundo lugar, respecto de los servidores públicos -cuya mención se realiza junto a la del resto de trabajadores- la Carta explicita su derecho la desconexión digital (art. XVII.1 b) y a la protección de su intimidad en el uso de dispositivos digitales profesionales y frente a la videovigilancia y grabación de sonidos en el lugar de trabajo. Respecto a este colectivo, el del personal al servicio de las AAPP, la Carta no reconoce explícitamente un derecho al teletrabajo, sino que únicamente se enfatiza la necesidad de promover las condiciones de acceso al teletrabajo “cuando las capacidades de la organización lo permitan”. En este aspecto parece que se ha dado un paso atrás respecto versiones anteriores de la Carta que parecían configurar el teletrabajo como un verdadero derecho subjetivo de los empleados públicos. Es importante destacar, en la línea de lo que Carta prevé (art. XVII. 3. a), la necesidad de que las Administraciones faciliten una formación adecuada a los empleados públicos cuando deban llevarse a cabo procesos de transformación digital. Ciertamente, aunque la Carta no sea un lugar adecuado para desarrollar con más precisión estas cuestiones, es urgente adoptar medidas que garanticen una correcta formación del personal al servicio de las Administraciones Públicas respecto a las herramientas de inteligencia artificial que se estén ya utilizando o se prevea utilizar. El personal del sector público debe entender qué implicaciones, ventajas y riesgos implica su uso respecto del conjunto de la organización y para los derechos de los ciudadanos. Por otro lado, y en el ámbito relacionado con el empleo público, es urgente repensar los procesos de selección para el empleo público en tanto que, por su configuración y por el contenido de los temarios, no se consideran apropiados para seleccionar los nuevos perfiles -absolutamente imprescindibles- que va a necesitar la Administración para desarrollar, gestionar y controlar los usos y herramientas de IA y de software inteligente. La administración va a necesitar empleados formados en el análisis de datos, ingenieros de software, programadores, matemáticos, físicos y un largo etc. de perfiles profesionales cuya captación hasta ahora no había sido prioritaria por parte del sector público. En este sentido, quizás sería interesante repensar la organización propia del empleo público, crear nuevos cuerpos y escalas, si se considera que la vía funcionarial es la más adecuada, o bien, apostar fuertemente por la vía laboral, para captar el talento de muchos de estos profesionales que, hasta el momento, prefieren decantarse por el sector privado, sector que está reclutando con avidez. Además, debería pensarse en un diseño atractivo de la

carrera profesional en el ámbito público para este tipo de perfiles, para poder luchar contra el atractivo de la alta remuneración que se ofrece en el sector privado para ciertos perfiles. Quizás la Administración no pueda competir en remuneración con el sector privado, pero puede diseñar y ofrecer un marco laboral atractivo para este tipo profesionales.

Para el sector público esto debe ser una apuesta estratégica, en tanto que contar con personal formado adecuadamente en estas cuestiones es una de las piezas clave para poder armar un modelo exitoso de gobernanza de datos, por un lado, y por otro, para poder entablar un diálogo provechoso y equilibrado con el sector privado.

6.3. Relaciones público-privadas y contratación

En tercer lugar, este diálogo que mencionamos debe traducirse en unas relaciones equilibradas en la contratación por parte de las Administraciones Públicas de soluciones de IA desarrolladas por empresas privadas. La contratación pública y la colaboración público-privada en este sector exige que por parte de la Administración existan profesionales con el mismo nivel de formación y experiencia que sean capaces de entender, comprobar, controlar, auditar y modificar y desarrollar, si es preciso, los productos que proporcione el sector privado. Ello podría evitar situaciones de captura por parte del sector privado, como las que nuestras Administraciones sufren y han sufrido en el contexto de la implementación de numerosos proyectos de administración electrónica. Por ello, deberían articularse garantías para la contratación de tecnologías de Inteligencia Artificial por parte de las entidades integrantes del sector público, incorporando las exigencias de transparencia y justificación, así como la no discriminación o el cumplimiento de los deberes relativos a la privacidad.

El mismo equilibrio debe preservarse en todas aquellas iniciativas en las que el sector público colabore con el sector privado en la recolección, manejo y explotación de datos que posteriormente nutran los sistemas de IA.

6.4. Códigos éticos

En cuarto lugar, -y ello quizás sí tendría de alguna manera cabida en el contenido de la Carta, atendiendo a los potenciales riesgos que el uso de herramientas de IA presenta para el interés general y para los derechos y libertades de las personas-, sería de interés incentivar la adopción de códigos de conducta sectoriales, profesionales y también para

el sector público, con un plan de estímulo de los mismos; por ejemplo, a través del requisito de la asunción de códigos con unos contenidos mínimos para poder trabajar o contratar con la Administración para proveerla de soluciones de IA y de la incorporación del contenido los mismos en los programas de formación de las Administraciones para sus empleados. Ello, además, debe permitir la igualdad de los concurrentes en la contratación para satisfacer estos principios de privacidad, transparencia, etc. desde el diseño.

6.5. Cambio cultural

Finalmente, y en quinto lugar, es preciso tener en cuenta que más allá de la adopción de cartas, códigos éticos y otros instrumentos de *softlaw* sería necesario incentivar también un cambio cultural en las Administraciones públicas -a partir de la formación, pero no únicamente a través de ella- que pueda corregir las inercias tecnófobas en determinadas instancias y sortear las resistencias al cambio que quizás se manifiesten en muchos ámbitos del quehacer diario de nuestras Administraciones Públicas.

