

DERECHO Y TIC'S

En 2021 se adoptó en España la Carta de derechos digitales. Aunque sin carácter normativo es un documento de clara relevancia nacional e internacional. Se trata de una amplia codificación o sistematización que adapta los derechos fundamentales a los nuevos entornos digitales y los acompaña también de nuevos derechos instrumentales o auxiliares.

La presente obra constituye el mejor y más completo comentario y análisis sistemático de la Carta por parte de destacados especialistas en Derecho digital, incluyendo a varios de los ponentes de la misma. Los trabajos de esta monografía superan en ocasiones incluso a la propia Carta al incluir una visión crítica y propositiva. Así, esta obra es la pieza de acompañamiento imprescindible de la Carta, un elemento básico para la necesaria proyección que debe tener la Carta en el futuro en manos del legislador y la jurisprudencia.



tirant
lo blanch



978-84-1147-204-3



9 788411 472043



La Carta de Derechos Digitales

Lorenzo Cotino Hueso (Coordinador)



DERECHO Y TIC'S

La Carta de Derechos Digitales

Lorenzo Cotino Hueso
(Coordinador)



LA CARTA DE DERECHOS DIGITALES

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho.
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro en retiro de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación y
miembro de El Colegio Nacional*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Juez de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos
Investigador del Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho
de la Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho
de la Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho y
Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Catedrática de Derecho Constitucional
e Internacional en la Universidad
de Colonia (Alemania)
Miembro de la Comisión de Venecia*

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y
Presidente del Instituto Ibero-Americano
de La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

CONSUELO RAMÓN CHORNET

*Catedrática de Derecho Internacional
Público y Relaciones Internacionales
de la Universidad de Valencia*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Valencia*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

LA CARTA DE DERECHOS DIGITALES

LORENZO COTINO HUESO

(Coordinador)

tirant lo blanch

Valencia, 2022

Copyright © 2022

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Director de la Colección:

LORENZO COTINO HUESO

*Profesor Titular de Derecho constitucional de la Universidad de Valencia,
Coordinador de Derecho TICs, Red de Especialistas de Derecho de las
Tecnologías de la Información y Comunicación, www.derechotics.com*

© Lorenzo Cotino Hueso (Coordinador)

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL:
ISBN: 978-84-1147-204-3

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSC/Tirant.pdf>

TABLA DE AUTORÍAS (por orden de aparición)

Susana de la Sierra

Ponente de la Carta, Profesora Titular Derecho Administrativo Universidad de Castilla la Mancha

Borja Adsuara

Ponente de la Carta, Doctor y profesor Derecho

Antonio Troncoso

Catedrático Derecho Constitucional Universidad de Cádiz

Ana Aba Catoira

Profesora Titular Derecho Constitucional Universidade de A Coruña

Francisca Ramón Izquierdo

Profesora Titular Derecho Civil Universidad Politécnica Valencia

Lorenzo Cotino Hueso

Catedrático Derecho Constitucional Universidad de Valencia

Jorge Castellanos

Profesor ayudante doctor Derecho Constitucional Universidad de Valencia

Adrián Todolí

Profesor Titular Derecho Trabajo y Seguridad social, Universidad de Valencia

Íñigo de Miguel Beriain

Pilar Nicolás Jiménez

Universidad del País Vasco

Luis Miguel González de la Garza

Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional UNED

Moisés Barrio

Ponente Carta, Letrado del Consejo de Estado, doctor y Profesor de Universidad

Índice

PRESENTACIÓN	19
---------------------------	-----------

LORENZO COTINO HUESO
Coordinador de la obra

UNA INTRODUCCIÓN A LA CARTA DE DERECHOS DIGITALES

SUSANA DE LA SIERRA

Profesora Titular de Derecho Administrativo

I. HACIA UNA CARTA DE DERECHOS DIGITALES.....	27
II. EL PROCESO DE ELABORACIÓN DE LA CARTA.....	30
III. ANTECEDENTES NACIONALES E INTERNACIONALES	35
IV. CARACTERÍSTICAS GENERALES Y ESTRUCTURA DE LA CARTA. EN PARTICULAR, UNA REFERENCIA A LOS DERE- CHOS DE LIBERTAD	39
V. LA NATURALEZA DE LA CARTA Y ALGUNAS CONSIDERA- CIONES SOBRE LA ÉTICA	49
VI. CONCLUSIONES	51

EL DERECHO AL PSEUDONIMATO. ENTRE LA IDENTIFICACIÓN Y EL ANONIMATO (IV)

BORJA ADSUARA VARELA

Ponente de la Carta. Doctor y Profesor de Derecho Digital (U. Villanueva)

I. EL DERECHO AL PSEUDONIMATO EN LA ELABORACIÓN DE LA CARTA	53
II. EL DERECHO AL PSEUDONIMATO EN EL CONTEXTO NORMATIVO PREVIO A LA CARTA.....	54
1. Cartas de Derechos Fundamentales.....	54
2. Legislación existente conexas.....	55
2.1. Legislación de Propiedad Intelectual.....	56
3. Legislación de Protección de Datos	57
3.1. LORTAD (1992).....	57
4. Legislación de Firma electrónica.....	59
4.1. Real Decreto-ley sobre firma electrónica (1999).....	59
4.2. Ley de servicios electrónicos de confianza (2020).....	61
III. COMENTARIO DEL DERECHO AL PSEUDONIMATO DEL APARTADO IV DE LA CARTA	62

1. Mejoras técnicas en la redacción del apartado.....	63
2. Servicios en los que es necesario identificar al usuario	63
2.1. Casos y garantías para levantar el pseudonimato	63
3. En contra del pseudonimato y a favor de la identificación.....	64
4. En contra del pseudonimato y a favor del anonimato.....	64
IV. EL IMPACTO POSIBLE Y DESARROLLO DEL (NUEVO) DE- RECHO Y CONCLUSIONES	65
1. Oportunidad o necesidad de que se haya incluido en la Carta.	65
2. Visión y valoración crítica del apartado	66
3. Valoración de lo que no está y quizá debería estar en la Carta	66
V. ANEXO. APORTACIONES MÁS RELEVANTES DE LA CON- SULTA PÚBLICA	66
1. A favor de una identificación plena	66
2. A favor del anonimato	68
3. Confusión entre el anonimato y el pseudonimato.....	70
4. Diferenciación entre el pseudonimato, el anonimato y el cifra- do.....	71
5. Las condiciones de pseudonimidad.....	73
6. El levantamiento del pseudonimato.....	76
7. Aportaciones varias sobre los términos, encuadramiento y su carácter instrumental.....	77

EL DERECHO A LA CIBERSEGURIDAD EN LA CARTA DE DERECHOS DIGITALES (VI)

ANTONIO TRONCOSO REIGADA
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Cádiz

I. EL DERECHO A LA CIBERSEGURIDAD EN EL MARCO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. LA PROBLEMÁTICA DEL ÁMBI- BITO DE APLICACIÓN Y LA RELACIÓN ENTRE EL DERE- CHO A LA CIBERSEGURIDAD DE LA CARTA Y EL DERE- CHO A LA SEGURIDAD DIGITAL DE LA LEY.....	79
II. EL DERECHO A LA CIBERSEGURIDAD Y SU RELACIÓN CON EL “DERECHO FUNDAMENTAL A LA GARANTÍA DE LA CONFIDENCIALIDAD E INTEGRIDAD DE LOS SISTE- MAS DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN” CONFI- GURADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN	93
III. EL CONTENIDO DEL DERECHO Y LA RELACIÓN CON LA SEGURIDAD DEL TRATAMIENTO EN LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.....	105

IV. LAS OBLIGACIONES DE LOS RESPONSABLES PÚBLICOS Y PRIVADOS DE LOS SISTEMAS DIGITALES DE INFORMACIÓN RELATIVAS AL DERECHO A LA CIBERSEGURIDAD....	111
--	-----

DERECHOS DE IGUALDAD, PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y MAYORES EN EL ENTORNO DIGITAL (VIII, XI Y XII)

ANA ÁBA CATOIRA

Profesora Titular de Derecho Constitucional

Universidade de A Coruña Red feminista Derecho Constitucional

I. ELABORACIÓN DE LA CARTA DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL ENTORNO DIGITAL	123
II. LA IGUALDAD DIGITAL EN EL CONTEXTO NORMATIVO PREVIO A LA CARTA	125
III. IGUALDAD, BRECHA Y GÉNERO EN EL ENTORNO DIGITAL: EL ARTÍCULO VIII DE LA CARTA.....	128
1. Brecha digital y desigualdades digitales: discriminación digital	130
2. Género	131
IV. POSIBLE IMPACTO Y DESARROLLO: PROPUESTAS <i>AD FUTURUM</i> Y <i>CONCLUSIONES</i>	138
V. LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ENTORNO DIGITAL EN LA ELABORACIÓN DE LA CARTA.....	140
VI. EL CONTEXTO NORMATIVO DE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ENTORNO DIGITAL	141
VII. ACCESIBILIDAD UNIVERSAL Y ARTÍCULO XI DE LA CARTA	143
VIII. EL IMPACTO POSIBLE Y DESARROLLO DEL NUEVO DERECHO Y <i>CONCLUSIONES</i>	146
IX. LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES EN EL ENTORNO DIGITAL EN LA ELABORACIÓN DE LA CARTA Y EN SU CONTEXTO NORMATIVO.....	148
X. EL ARTÍCULO XII Y LOS MAYORES EN LA CARTA, <i>IMPACTO</i> Y <i>CONCLUSIONES</i>	151

PROTECCIÓN DE MENORES Y EDUCACIÓN EN EL ENTORNO DIGITAL (X Y XVII)

FRANCISCA RAMÓN FERNÁNDEZ
Profesora titular de Derecho civil
Universitat Politècnica de València

I. LA PROTECCIÓN DE MENORES EN EL ENTORNO DIGITAL EN LA ELABORACIÓN DE LA CARTA Y EN SU CONTEXTO NORMATIVO.....	155
1. Elaboración de la Carta.....	155
2. La protección de menores en el entorno digital en el contexto normativo previo a la Carta	157
II. LA “PROTECCIÓN DE MENORES EN EL ENTORNO DIGITAL” EN EL APARTADO X DE LA CARTA.....	160
1. Protección del menor y el uso de las TICs.....	161
2. Garantía por parte de los centros educativos y de las personas físicas o jurídicas del interés superior del menor y la protección de datos personales	163
3. Prohibición del tratamiento de la información para realizar perfiles de personalidad y prácticas de perfilado y su publicidad para manipular o perturbar la voluntad del menor.....	164
4. Libertades de información y expresión y estudios de impacto en la personalidad del acceso.....	165
III. EL IMPACTO POSIBLE Y DESARROLLO DEL NUEVO DERECHO. CONCLUSIONES	166
IV. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DIGITAL EN LA ELABORACIÓN DE LA CARTA Y EN SU CONTEXTO NORMATIVO	167
1. Educación digital en la elaboración de la Carta.....	167
2. El derecho a la educación digital en el contexto normativo previo a la Carta	169
V. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DIGITAL EN EL APARTADO XVII DE LA CARTA.....	175
1. Sistema educativo y sociedad digital.....	175
2. Formación del profesorado	178
3. Actividades en el ámbito de la educación promocionadas por el sector público	178
4. Objetivos de la educación para la ciudadanía.....	179
VI. EL IMPACTO POSIBLE Y DESARROLLO DEL NUEVO DERECHO Y CONCLUSIONES	180

DERECHO DE ACCESO UNIVERSAL Y NEUTRALIDAD DE INTERNET (IX Y XIII)

LORENZO COTINO HUESO
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valencia

I. DERECHO DE ACCESO Y LAS OBLIGACIONES DE PRESTACIÓN. POCAS APORTACIONES Y SIN CAMBIOS RELEVANTES EN EL PROCESO DE LA CARTA	181
II. REGULACIÓN PREVIA DEL DERECHO DE ACCESO A INTERNET	182
III. VALORACIÓN, CARENCIAS Y FUTUROS DESARROLLOS DEL DERECHO DE ACCESO	187
IV. DERECHO A LA NEUTRALIDAD: CAMBIOS Y APORTACIONES EN EL PROCESO DE ELABORACIÓN.....	189
V. LA REGULACIÓN PREVIA DE LA NEUTRALIDAD	190
VI. VALORACIÓN, CARENCIAS Y PROPUESTAS RESPECTO DE LA NEUTRALIDAD DE LA RED	194

EXPRESIÓN, INFORMACIÓN, CREACIÓN Y ACCESO A LA CULTURA. LIBERTADES Y RESPONSABILIDADES DE USUARIOS Y PLATAFORMAS EN ENTORNOS DIGITALES (XIV, XV Y XXIV)

LORENZO COTINO HUESO
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valencia

I. CAMBIOS Y APORTACIONES DE LOS APARTADOS XIV Y XV EN LA ELABORACIÓN DE LA CARTA.....	197
II. RECONOCIMIENTO GENERAL DE LAS LIBERTADES INFORMATIVAS EN EL ENTORNO DIGITAL	200
III. EL PROTAGONISMO DE LOS INTERMEDIARIOS Y DE SU RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD	202
IV. RESPONSABILIDADES DE PLATAFORMAS, SUS PODERES Y GARANTÍAS DE RECLAMACIÓN Y DEBIDO PROCESO	205
V. LA FALTA DE TODA REFERENCIA A LAS RESTRICCIONES DE ACCESO A ENTORNOS DIGITALES Y SUS GARANTÍAS ..	207
VI. LA CARTA DEBERÍA HACER REFERENCIA A LAS GARANTÍAS JUDICIALES O, EN SU CASO, DE AUTORIDADES INDEPENDIENTES	210

VII. EL APARTADO XV SOBRE EL DERECHO A RECIBIR LIBRE- MENTE INFORMACIÓN VERAZ QUE —AFORTUNADA- MENTE— NO ABORDA LA DESINFORMACIÓN.....	213
VIII. LAS GENÉRICAS OBLIGACIONES DE TRANSPARENCIA DE LOS INTERMEDIARIOS.....	215
IX. LA CARTA NO MEJORA LA DEFICIENTE REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE RECTIFICACIÓN, ACTUALIZACIÓN DE INFORMACIONES Y OLVIDO.....	216
X. LIBERTAD DE CREACIÓN Y DERECHO DE ACCESO A LA CULTURA (APARTADO XIV).....	220
1. Cambios y aportaciones.....	220
2. Contenido del precepto.....	221
XI. CONCLUSIÓN.....	222

EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA POR MEDIOS DIGITALES (XVI)

JORGE CASTELLANOS CLARAMUNT

*Profesor Ayudante Doctor. Derecho Constitucional
Universitat de València*

I. INTRODUCCIÓN.....	225
II. EVOLUCIÓN DEL “DERECHO A LA PARTICIPACIÓN CIU- DADANA POR MEDIOS DIGITALES” DEL ARTÍCULO XVI....	227
1. Propuestas de disertación sobre el artículo.....	229
2. Propuestas de modificación sobre el artículo.....	230
3. Propuestas de adición sobre el artículo.....	232
III. ANÁLISIS DEL “DERECHO A LA PARTICIPACIÓN CIUDA- DANA POR MEDIOS DIGITALES” DEL ARTÍCULO XVI.....	236
IV. VALORACIÓN GENERAL Y PROPUESTAS DE MEJORA.....	243
1. El dilema de arriesgar o no con la votación electrónica.....	246
2. Participación ciudadana e inteligencia artificial.....	247
V. CONCLUSIONES.....	247

DERECHOS ANTE LA ADMINISTRACIÓN DIGITAL Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (XVIII Y XV)

LORENZO COTINO HUESO

*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valencia*

I. CAMBIOS Y PROPUESTAS EN EL PROCESO DE LA CARTA...	251
--	-----

II. LA AFIRMACIÓN DE ALGUNOS PRINCIPIOS DE INTERÉS EN LA CARTA.....	255
III. EL ACCESO ELECTRÓNICO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN IGUALDAD Y LA NECESIDAD DE REFORZAR ALGUNAS GARANTÍAS.....	257
IV. IDENTIFICACIÓN ÓRGANOS Y LA NECESIDAD DE EVITAR UNA “HUIDA DEL DERECHO” EN LOS SISTEMAS DE APOYO A LA TOMA DE DECISIONES TEÓRICAMENTE HUMANAS.....	260
V. DERECHOS EN RELACIÓN CON EL USO PÚBLICO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL	263
1. Derecho al respeto del buen gobierno, de la buena Administración y de principios éticos	264
2. Transparencia de los usos algorítmicos públicos.....	265
3. Explicabilidad y motivación en lenguaje natural. Y la motivación humana si se separa del criterio algorítmico	269
4. Reserva legal de humanidad y del uso de IA para decisiones discrecionales	273
VI. EVALUACIÓN DE IMPACTO MULTIRRIESGO Y CON PARTICIPACIÓN SOCIAL	274
VII. OTRAS MEJORAS DESEABLES EN LA CARTA.....	278
1. La conveniencia de mencionar otras garantías como la aprobación previa de los sistemas públicos.....	278
2. La aconsejable extensión de garantías en el ámbito de la colaboración público privada	279
3. Algún reforzamiento respecto de la no discriminación algorítmica	280
VIII. CONCLUSIONES	281

DERECHOS EN EL ÁMBITO LABORAL Y LA EMPRESA EN EL ENTORNO DIGITAL (XIX Y XX)

ADRIÁN TODOLÍ SIGNES

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia*

I. LOS DERECHOS EN EL ÁMBITO LABORAL EN LA ELABORACIÓN DE LA CARTA Y EN SU CONTEXTO NORMATIVO	285
1. Elaboración de la carta.....	285
2. Los derechos en al ámbito laboral en el contexto normativo previo a la Carta	287
II. LOS DISTINTOS DERECHOS EN EL ÁMBITO LABORAL.....	289

1. Estructura y contenido	289
2. Protección de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras	291
3. Derechos formativos frente a las transformaciones digitales.....	293
III. POSIBLE IMPACTO Y DESARROLLO DE LOS DERECHOS	296
IV. CONCLUSIONES	297

LA UTILIZACIÓN DE DATOS CON FINES DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA (XXI)

IÑIGO DE MIGUEL BERIAIN

*Investigador Doctor. Universidad del País Vasco/
Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)*

PILAR NICOLÁS JIMÉNEZ

*Investigadora Permanente Doctora
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)*

I. INTRODUCCIÓN	299
II. INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA	302
III. UTILIZACIÓN DE DATOS PARA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA. LAS BASES FUNDAMENTALES ESTABLECIDAS POR EL RGPD	304
IV. TRATAMIENTO DE DATOS PARA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA. TRATAMIENTO DE DATOS PARA FINES COMPATIBLES.....	308
V. LAS GARANTÍAS	313
VI. EXCEPCIONES A DERECHOS	318
VII. SUPUESTOS ESPECIALES. INVESTIGACIÓN CON DATOS DE FALLECIDOS, DATOS DE MENORES, FETOS Y EMBRIONES, PERSONAS CON CAPACIDAD MODIFICADA JUDICIALMENTE E INCAPACES DE HECHO.....	323

DERECHOS DIGITALES EN EL EMPLEO DE LAS NEUROTECNOLOGÍAS: LOS NEURODERECHOS (XXVI)

LUIS MIGUEL GONZÁLEZ DE LA GARZA

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional
Universidad Nacional de Educación a Distancia*

I. INTRODUCCIÓN	327
II. CARTA DE DERECHOS DIGITALES Y LA NEUROTECNOLOGÍA.....	331

III. EL ARTÍCULO XXVI DE LA CARTA DERECHOS DIGITALES EN EL EMPLEO DE LAS NEUROTECNOLOGÍAS.....	332
1. La garantía del control de cada persona sobre su identidad....	337
1.1. Garantizar el control de cada persona sobre su propia identidad.....	337
2. La garantía de la autodeterminación, soberanía y libertad en la toma de decisiones	339
2.1. Garantizar la autodeterminación individual, soberanía y libertad en la toma de decisiones.....	339
3. Neurodatos y confidencialidad.....	341
3.1. Asegurar la confidencialidad y seguridad de los datos obtenidos o relativos a sus procesos cerebrales y el pleno dominio y disposición sobre los mismos.....	341
4. Las interfases de conexión.....	345
4.1. Regular el uso de interfaces persona-máquina susceptibles de afectar a la integridad física o psíquica	345
5. Garantías contra sesgos.....	346
IV. LA “NEUROTECNOLOGÍA” Y LA EUGENESIA NEUROTECNOLÓGICA.....	358
V. CONCLUSIONES	360

GARANTÍA DE LOS DERECHOS EN LOS ENTORNOS DIGITALES (XXVII)

MOISÉS BARRIO ANDRÉS

Ltrado del Consejo de Estado. Doctor en Derecho

I. INTRODUCCIÓN	363
II. REGULACIÓN PROPUESTA EN LA CARTA.....	368
III. COMENTARIO: AUTORREGULACIÓN Y GARANTÍAS EXTRAJUDICIALES	371
1. Mecanismos de autorregulación regulada.....	372
2. Garantías extrajudiciales (o parajurisdiccionales de la Administración)	376
IV. COMENTARIO: GARANTÍAS JUDICIALES Y DIVERSAS VÍAS DE TUTELA EN LA SOCIEDAD DIGITAL	381
1. La realización de reformas específicas en las leyes procesales vigentes	382
2. La creación de un órgano jurisdiccional especializado.....	383
3. Hacia un orden jurisdiccional propio	385
V. A MODO DE CONCLUSIÓN	385

CARTA DE DERECHOS DIGITALES, GOBIERNO DE ESPAÑA	395
Consideraciones previas	396
Derechos de libertad	398
Derechos de igualdad	401
Derechos de participación y de conformación del espacio público	404
Derechos del entorno laboral y empresarial	410
Derechos digitales en entornos específicos	413
Garantías y eficacia	417
CARTA PORTUGUESA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ERA DIGITAL, LEY N° 27/2021, DEL 17 DE MAYO.....	419
COMISIÓN EUROPEA, DECLARACIÓN EUROPEA SOBRE LOS DERECHOS Y PRINCIPIOS DIGITALES PARA LA DÉCADA DIGITAL ...	429

Presentación

Me resulta muy grato presentar la primera obra monográfica en España sobre la Carta de derechos digitales adoptada por el Gobierno de España en junio de 2021¹.

La muy dinámica Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial lanzó la Carta de Derechos Digitales en verano de 2020 a partir de un Grupo asesor de Expertas y Expertos. Tras algunas consultas internas con expertos o grupos de expertos, se abrió un procedimiento de consulta abierta hasta diciembre de 2020², algo en sí muy positivo, para ser adoptada seis meses después. Muchos de los trabajos de esta monografía han examinado los 84 documentos de las más de 250 aportaciones recibidas³. Como se afirma en las “consideraciones previas” de la Carta, no se trata necesariamente de descubrir derechos digitales pretendiendo que sean algo distinto de los derechos fundamentales ya reconocidos o de que las nuevas tecnologías y el ecosistema digital se erijan por definición en fuente de nuevos derechos. Se trata de un enfoque adecuado para no caer en la tentación de afirmar como nuevos derechos los que no son sino derivaciones o facultades de los clásicos derechos fundamentales. Pero añade la Carta, también con acierto, que los entornos digitales generan nuevos escenarios, contextos y conflictos que imponen la adaptación de los derechos y la reinterpretación del Derecho. Así, la Carta trata de perfilar los derechos más relevantes en estos entornos o en su caso —según se afirma— describir derechos instrumentales o auxiliares de los primeros.

¹ https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf.

² https://portal.mineco.gob.es/es-es/ministerio/participacionpublica/audienciapublica/Paginas/SEDIA_Carta_Derechos_Digitales.aspx.

³ Se pueden descargar 84 mb de las respuestas a las consultas. Asimismo, se ha tenido ocasión de acceder a un documento excel sistematizado con las aportaciones en razón del apartado de la Carta. Se trata de un material por lo general bien sugerente.

https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/participacion_publica/audiencia/ficheros/Respuestas.zip.

La Carta parte de un contexto normativo previo en el que destaca la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales⁴. Afirmar Rallo que la LO 3/2018 supuso un “salto cualitativo en la necesidad de garantizar” derechos para subordinar la tecnología al individuo y la preservación de la dignidad. También apunta que la elevación a rango legal genera interrogantes y reflexiones sobre su anclaje constitucional. Señala en todo caso que quedan zonas de penumbra que este desarrollo legislativo no puede resolver, a la espera de acciones positivas de los poderes públicos y de procesos aplicativos jurisprudenciales⁵. Considero en general que introducción de los “derechos digitales” a mitad del proceso legislativo de la Ley Orgánica 3/2018 fue precipitada y no se dio el reposo y meditación necesarios. En algunos casos, la regulación legal de derechos digitales se quedó *en tierra de nadie*, puesto que no se trataba de una norma constitucional a la que bastara la enunciación genérica de derechos. Así, de poco sirve la mera afirmación del acceso a internet, las libertades informativas o la neutralidad de internet. Y la mera enunciación legal de algunos derechos no aportó prácticamente nada, como los muy interesantes derechos a la desconexión o el derecho a la seguridad, o la educación. En otros casos, la falta de suficiente estudio en la materia y los precipitados tiempos legislativos llevaron a regulaciones especialmente deficientes, como el derecho a la rectifica-

⁴ Sobre los derechos digitales en dicha ley, algunos comentarios: A. Troncoso Reigada (Dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021; M. Arenas Ramiro y A. Ortega Giménez (Dir.), *Protección de Datos. Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, Sepin, Madrid, 2019 o A. I. Berrrocal Lanzarot (pr.), *Comentarios a la Nueva Ley de Protección de Datos: Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Dilex, Madrid, 2020.

Asimismo y más recientemente, J. F. Ayuso (coord.), *Retos, desafíos y oportunidades en materia de derechos digitales en un contexto de pandemia: visión multidisciplinar*, Thompson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022 y F. Ramón Fernández (coord.), *Los nuevos retos de los derechos digitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

⁵ A. Rallo Lombarte, “Una nueva generación de derechos digitales”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 187, 2020, págs. 101-135, pág. 131 doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.187.04>.

ción. Pese a su interés, el derecho de actualización de informaciones o al olvido han quedado en el ostracismo, intrascendencia o ineficacia. Incluso alguna regulación más elaborada como los derechos de la intimidad y vigilancia laboral, se ha demostrado falta de finura y detalle, lo cual ha generado casi más problemas que antes de su regulación. Lamentablemente la regulación de los derechos digitales de la Ley Orgánica 3/2018 poco o nada tuvo que ver con la pionera Ley de la República digital francesa de 2016⁶.

Sobre esta base, el planteamiento de una Carta de derechos digitales sin carácter normativo creo que era positivo. El documento bien podría haber trazado el camino a seguir y completar e ir más allá de lo que la Ley Orgánica 3/2018 no culminó. En esta dirección la Carta en sus consideraciones introductorias afirma que el objetivo es descriptivo, prospectivo y asertivo y que no tiene carácter normativo, para marcar los “novísimos retos” y sugerir principios y políticas, proponiendo un marco de referencia para la acción de los poderes públicos, también contribuir a los procesos de reflexión que se están produciendo a nivel europeo, buscando una digitalización humanista, que ponga a las personas en el centro.

Pues bien, la Carta de derechos digitales podría incluso haber sido una *carta a los Reyes*, es decir, podría haber supuesto un texto de máximos, al estar liberada de su carácter normativo. La Carta podría explorar y fijar metas y soluciones frente a los problemas existentes, podría estimular a la jurisprudencia y al legislador para colmar las muchas lagunas y problemas no resueltos por los avances digitales. Sin embargo, entiendo que la Carta se ha quedado corta a este respecto y podría haber aspirado a más.

Entre sus contenidos se pueden encontrar algunos avances y novedades de los que en esta obra se da buena cuneta. Pero ciertamente es difícil hallar novedades entre muchas expresiones de carácter declarativo y de fomento, no asertivas. Y esta falta de expresiones de compromiso llaman la atención cuando la Carta no tiene ni aspira a tener carácter vinculante. Pero además y sobre todo, no es fácil encontrar en la Carta algo que no esté claramente ya regulado normativamente

⁶ LOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique. Ver <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000033202746/>.

o afirmado jurisprudencialmente. Y lo que debería es haber apuntado soluciones a los déficits y lagunas normativas y jurisprudenciales.

Del lado más positivo, el resultado de la Carta son veintiocho artículos (o apartados) divididos en bloques de derechos de libertad, de igualdad, de participación y de conformación del espacio público, del entorno laboral y empresarial y, finalmente sobre garantías y eficacia. Esta “codificación” y sistematización ya tiene un valor en sí mismo. Además, la Carta supera con mucho documentos coetáneos, como la iniciativa de la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, lanzada por la Comisión Europea y que se proclama en 2022. También considero que la Carta española tiene mayor profundidad que la Carta Portuguesa de los Derechos Humanos en la Era Digital. Ahora bien, en este caso, este texto es una ley, la Ley nº 27/2021, del 17 de mayo. El texto de las dos cartas y la declaración se ha incluido en la presente monografía para facilitar la consulta. En este sentido, la Carta creo que puede quedar como un documento relevante tanto para España como, en su caso, especialmente para el ámbito Iberoamericano.

Y el lector tiene entre sus manos lo que considero que es la monografía de referencia tanto sobre la propia Carta de derechos digitales, como sobre los elementos que deben impulsarse desde el legislador y los tribunales para avanzar en el reconocimiento eficaz de estos derechos digitales. En 2020 fui de los impulsores de importantes seminarios que generaron textos con meditadas propuestas de mejora de la Carta. De un lado, por parte de OdiseIA, la asociación más importante en España sobre el impacto de la IA y de la que es un honor coordinar las áreas de regulación y Derechos⁷. Por otro lado, desde la Red Derecho Administrativo de la Inteligencia Artificial (DAIA) que fundamos varios profesores en 2019⁸, tuvimos ocasión de aportar propuestas en

⁷ L. Cotino Hueso (coord.), *Comentarios y propuestas de modificación a la Carta de Derechos Digitales*, OdiseIA, Consulta pública, diciembre 2020 <https://www.dropbox.com/s/6kydkk18eb950k7/consultaOdiseIAv6.pdf?dl=0>.

⁸ Ver www.reddaia.org A. Cerrillo y otros, *Carta de Derechos digitales y sector público: propuestas de mejora*. Aportaciones de la Red DAIA a la Carta en el marco de la Consulta pública Subdirección General para la Sociedad Digital, diciembre 2020, <https://www.dropbox.com/s/gsbir4kcn6v1k0/DAIAcartadic20.pdf?dl=0>.

una fase inicial interna y en la consulta abierta. Ciertamente, consideramos que el artículo XVIII relativo a la Administración digital y la IA es uno de los más completos de la Carta. Conforme siguió el proceso de la Carta, en 2021 me propuse reunir a doce prestigiosos profesores y doctores de nueve diferentes universidades de España con trayectoria reconocida en Derecho digital para analizar la Carta. Se trata de personas de clara referencia en cada uno de los derechos o temas que analizan en los trece estudios que componen la obra. Se cuenta entre ellos, además, a tres de los ponentes o expertos de la misma.

Así las cosas, Susana de la Sierra, Ponente de la Carta, nos presenta una meditada introducción a la misma en primera persona. Otro de los ponentes de la Carta, Borja Adsuara nos presenta el derecho al pseudonimato (IV), uno de los aspectos más llamativos del texto. Igual sucede con el derecho a la ciberseguridad (VI) que también es exhaustivamente abordado por otro máximo especialistas de varias décadas en España, como Antonio Troncoso. Ana Aba Catoira analiza los derechos de igualdad, personas con discapacidad y mayores en el entorno digital (VIII, XI y XII). Y Francisca Ramón se centra en la protección de menores y la educación en la Carta (X y XVII), temas en los que ambas son expertas con muy larga trayectoria en publicaciones. Por mi parte, abordo en dos capítulos el derecho de acceso universal y neutralidad de internet (IX y XIII) y todo el tratamiento de temas afines como las libertades de información, expresión, creación y acceso a la cultura, así como toda la atención a las libertades y responsabilidades de usuarios y plataformas en entornos digitales (XIV, XV y XXIV). Jorge Castellanos, un referente en participación y transparencia en España, examina el derecho a la participación ciudadana por medios digitales (XVI). Quien suscribe ha realizado también el estudio relativo a los derechos ante la Administración digital y la inteligencia artificial (XVIII y XV). Ya respecto de los derechos en el ámbito laboral y la empresa en el entorno digital (XIX y XX) otro máximo experto reconocido como Adrián Todolí quien hace el examen. Quién mejor que Íñigo de Miguel Beriain y Pilar Nicolás Jiménez han participado con la regulación de la carta sobre la utilización de datos con fines de investigación científica (XXI). Y cierran la monografía otros dos estudios muy significativos, como el relativo a los neuroderechos (XXVI) por Luis Miguel González de la Garza. Es la persona de completa referencia en España en este tema de clara

innovación. Y el broche final lo pone otro ponente de la Carta como Moisés Barrio, que analiza la Garantía de los derechos en los entornos digitales (XXVII) un tema en el que ha adquirido un particular compromiso en la elaboración de la Carta y su estudio, también, contiene no pocas propuestas. A todos estos excelentes análisis se añaden, como se ha señalado, el texto mismo de la Carta, así como los de Portugal y la Declaración de la Unión Europea.

Llevo más de veinte años investigando los ahora llamados derechos digitales y, con ésta, casi una veintena de obras coordinadas. Ciertamente resulta difícil reunir a tan reconocidos expertos y haberles rogado el favor de dedicar ordenadamente su estudio a los diversos apartados que se les encargó. Sólo me resta pedirles disculpas por la cierta demora en la publicación definitiva de esta obra a la mayoría, que entregaron sus trabajos cuando correspondía. La vida académica no debería serlo, pero para muchos es una azarosa montaña rusa bien lejos de la tranquilidad y el sedentarismo. Y ello lleva a que no siempre sea posible cumplir con compromisos y plazos.

La Carta de derechos digitales sin duda que es un documento de referencia para los próximos años y, por ello, el mejor y más completo comentario y análisis sistemático y exhaustivo como el presente tiene en sí un gran valor para toda persona interesada en los Derechos digitales. Pero es más, me atrevo a decir que las aportaciones que implican los trabajos de esta monografía superan en ocasiones incluso a la propia Carta al incluir una visión crítica y propositiva respecto de la misma. Así, esta obra es la pieza de acompañamiento imprescindible de la Carta, un elemento básico para la necesaria proyección que debe tener la Carta en el futuro en manos del legislador y la jurisprudencia.

Quiero agradecer a los autores su compromiso y participación con este proyecto. Asimismo es preciso hacer constar diversos proyectos que acompañan y permiten esta iniciativa. Así, el Proyecto de I+D+i Retos del Ministerio, MICINN que codirijo “Derechos y garantías frente a las decisiones automatizadas en entornos de inteligencia artificial, IoT, big data y robótica” (PID2019-108710RB-I00, 2020-2022), nada menos que seis de los autores de la presente monografía forman parte de este proyecto. También, el grupo de investigación de excelencia Generalitat Valenciana “Algorithmic law” (Prometeo/2021/009, 2021-24). Igualmente, el proyecto “Derecho, Cambio Climático y

Big Data”, Grupo de Investigación en Derecho Público y TIC (2020-2022). Universidad Católica de Colombia).

LORENZO COTINO HUESO

Coordinador de la obra

En Konstanz, Alemania, junio de 2022

Derechos ante la Administración digital y la inteligencia artificial (XVIII y XV)

LORENZO COTINO HUESO¹
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valencia

I. CAMBIOS Y PROPUESTAS EN EL PROCESO DE LA CARTA

El apartado XVIII es posiblemente una de las mejores aportaciones de la Carta. El XXV general sobre derechos ante la inteligencia artificial es más discreto y en buena medida se reconduce su análisis al ámbito del sector público en razón del XVIII. Y respecto del mismo, fue muy sensible la mejora de la regulación propuesta entre la versión previa antes de la consulta pública. No obstante, una vez conocido el texto son escasos los cambios en el proceso de la Carta. En el apartado 2 relativo a se añade “en los términos que prevea el ordenamiento jurídico vigente”

En el apartado 3 sobre promoción de la universalidad, la neutralidad, se añade “y la no discriminación, en particular por razón de sexo”.

En el apartado 4 que reconoce alternativas al uso de medios digitales se añade “en las mismas condiciones de igualdad”.

En el apartado 6 los derechos de la ciudadanía “se promoverán”. Además, en el apartado b) sobre transparencia del código fuente se pasa de la “ley regulará” a “podrá regular”. Siendo más significativo, en el apartado d) sobre decisiones automatizadas discrecionales, la

¹ Realizado en el marco de los proyectos MICINN Retos “Derechos y garantías frente a las decisiones automatizadas...” (RTI2018-097172-B-C21), proyecto “Derecho, Cambio Climático y Big Data”, Universidad Católica de Colombia, “Algorithmic law” (Prometeo/2021/009, 2021-24) Generalitat Valenciana” y estancia de personal investigador en empresa Generalitat Valenciana (AEST/2021/012).

excepción “salvo que una norma con rango de ley” pasa a “salvo que normativamente”.

El apartado que ahora interesa recibió 35 propuestas de cambio. Destacan aportaciones de comunidades como grupos de expertos de OdiseIA² y, especialmente las que realizamos desde la Red DAIA (Derecho Administrativo e Inteligencia artificial) tanto en la fase inicial interna así como en la consulta pública³, entre los que se encuentra quien suscribe que realizaron actividades específicas y seminarios sobre el tema. A las mismas se hará referencia más tarde.

Participaron colegios como el CCII - Consejo General de Colegios de Ingeniería en Informática, Colegio de Ingenieros en Informática de Castilla-La Mancha (COIICLM) o el Ayuntamiento de Barcelona presentaron alegaciones así como diversas entidades y asociaciones⁴, así como anónimos o personas individuales,

De particular interés son las propuestas desde Inteferencias-Traccula. Se subraya la obligatoriedad de que todo nuevo desarrollo de la administración se publique bajo licencias libres, obligar a la reutilización o a la adaptación de herramientas ya desarrolladas salvo justificación clara. Respecto de datos abiertos que los nuevos desarrollos que generen datos útiles sean publicados por defecto con licencias libres y publicar los datos solicitados y entregados por el Consejo de Transparencia, para que cualquiera pueda acceder a ellos. También se propone incluir en la Carta el derecho a comunicarse con la administración bajo estándares interoperables y utilizando herramientas de código libre; establecer indicadores para medir la aplicación del Esquema Nacional de Interoperabilidad y establecer procesos de evaluación de dichos indicadores y coordinadamente con las Comunidades Autónomas.

² OdiseIA (Cotino Hueso, Lorenzo, coord.), *Documento propuestas mejora Carta Derechos Digitales*, diciembre 2021, <https://links.uv.es/Twqnt2U>.

³ Red DAIA, *Aportación a consulta de derechos digitales de julio, 2020* <https://www.dropbox.com/s/w9xlb64o1zemaca/DAIACONSULTAvenida.pdf?dl=0> Y Aportación DAIA a consulta pública Carta de derechos digitales, diciembre 2020 <https://bit.ly/3paF0H0> Cerrillo, Gamero, Cotino, Martín, Ponce.

⁴ Adigital, Alastria, APRI, Asedie (Infomediarios), ASTIC, AUC, CERMI, Comunidad IA y DDHH, DigitalES, Instituto Metabody, Investigadores Universitat Jaume I, Inteferencias-Track, KONTSEILUA, Observatorio Privacidad AUTELSI, Plataforma ONG, Telefónica, UGT, Wikimedia, XNET.

Respecto de las decisiones inteligentes se insiste en el uso de software como código libre, o al menos abierto, para que pueda ser auditable, así como llevar a cabo actividades de concienciación social respecto a funcionamiento del uso de algoritmos e incluso reconocer un estatuto para los algoritmos dentro de la Administración como parte del procedimiento administrativo y regular su responsabilidad.

Las aportaciones de Alastria tienen especial interés desde la transparencia algorítmica y señalan que “la tecnología blockchain puede resultar de gran utilidad facilitando su auditabilidad, explicabilidad y trazabilidad no alterable”. Adigitales y Telefónica respecto de universalidad y la neutralidad apunta que se añade que “se adoptarán las medidas precisas para garantizar que la prestación de los proveedores de servicios

CERMI Mujeres se centra en la mejor explotación y normalización de los datos en abierto, que se señale la necesidad de que sean estructurados y accesibles.

Un anónimo señala que cabría un trámite de audiencia con respecto a los sistemas algorítmicos por la complejidad de dichas cuestiones, sería importante asegurar que los interesados cuenten con información suficiente y fácil de entender para emitir su opinión. Esto permitiría plantear de manera explícita el derecho recogido en el artículo 133.3 de la LPAC.

Otra propuesta anónima propone “un nuevo derecho que habilite a los ciudadanos a obtener de las Administraciones Públicas todos los datos que de él tienen” en formato digital, interoperable y certificado por la Administración Pública

José Galindo propone la adición de que “El software realizado con dinero público debe ser software libre, salvo excepciones bien justificadas”.

José Luis Bermejo recuerda que los derechos “resultarán también de aplicación en el marco de las relaciones con la Administración de Justicia y, particularmente, los derechos relacionados con la Inteligencia Artificial”.

Un anónimo propone que “el poder público autor de una actividad en el entorno digital deberá identificar a los órganos responsables de la misma (y a su DPO correspondiente.)”

M^a del Carmen García, sobre el uso de la IA en decisiones discrecionales se señala el interesado sea previamente informado de ello y de “los datos que se utilizan para alimentar los algoritmos, su lógica de funcionamiento y a la evaluación de los resultados”.

APRI propone subrayar el derecho de igualdad y la publicidad activa de las actuaciones de los responsables públicos con los grupos de interés en este apartado.

La Plataforma ONG o KONTSEILUA proponen algunos cambios respecto del derecho de igualdad así como la referencia a “la garantía y promoción del uso de las lenguas oficiales, propias y protegidas en el Estado. La centralización administrativa derivada de la digitalización de la administración, no puede suponer la restricción del derecho a comunicarse y recibir respuesta de la administración en cualquiera de las lenguas oficiales, propias y protegidas del estado”

Comunidad IA y DDHH señala la necesidad de enfatizar que el canal digital en ningún caso debería ser una ventaja ni suponer una ventaja, así como precisar quién debe realizar una evaluación de impacto y la publicidad de la misma.

El Consejo General de Colegios de Ingeniería en Informática propone que se incorporen los sistemas de telemedicina y teleasistencia como garantía de accesibilidad a un servicio esencial como es el de la protección de la salud.

El Observatorio Privacidad AUTELSI propone incluir el derecho a la reutilización de la información del sector público. ASTIC propone que “Debería garantizarse además el derecho a la accesibilidad y usabilidad de los espacios digitales públicos y además de evaluación de impacto, también auditorías. Wikimedia España subraya potenciar el uso de software libre en las Administraciones y que se señale que el uso de algoritmos para la toma de decisiones no es deseable. Se afirma la conveniencia de “ampliar y hacer más efectivo el derecho de la ciudadanía a participar en los sistemas de gobernanza. El Ayuntamiento de Barcelona subraya la expresión del “derecho a la explicación” que debería ser transversal y no sólo para la Administración y el ámbito laboral.

II. LA AFIRMACIÓN DE ALGUNOS PRINCIPIOS DE INTERÉS EN LA CARTA

Es positiva la mención general de principios como la universalidad o la neutralidad. De hecho, en el comentario en esta obra al apartado XIII dedicado a la neutralidad se mencionaba el interés de recibir de modo más genérico la neutralidad tecnológica, tan importante en entornos digitales y expresar algunos elementos más generales de este principio siguiendo por ejemplo la STC 8/2016, de 21 de enero (FJ 11°).

En los últimos años, las normas quedan inundadas, en sus artículos de cabecera, de interminables declaraciones de fines y principios esencialmente de *cara a la galería no jurídica*, puesto que suelen no tener prácticamente proyección normativa. No fue el caso de los muy importantes principios que enunció el artículo 4 de la Ley 11/2007 en un momento, además, históricamente importante⁵. Así, en dicho artículo se afirmaron los principios de “igualdad” frente a “restricciones o discriminaciones” por el tratamiento *online* u *offline*; el de “accesibilidad a la información” y “accesibilidad universal”; el también importante principio de “legalidad en cuanto al mantenimiento de la integridad de las garantías” en la relación electrónica, el de “cooperación” e “interoperabilidad” y “reconocimiento mutuo de los documentos electrónicos”. También se afirmó la “proporcionalidad” para exigir “las garantías y medidas de seguridad adecuadas” y para requerir datos imprescindibles, así como el principio “responsabilidad y calidad en la veracidad y autenticidad de las informaciones y servicios”. Se reguló igualmente el principio de “neutralidad tecnológica y de adaptabilidad al progreso”, así como la “simplificación administrativa” o “transparencia y publicidad”. Pues bien, en modo alguno estaría de más la expresión de estos principios en la Carta. Máxime por cuanto la Ley 39/2015 omitió la afirmación de principios, y muchos de los proclamados en la Ley 40/2015 no tienen especial relevancia para el ámbito electrónico. Ello se ha enmendado algo en el

⁵ Sobre aquellos principios, especialmente, E. Gamero Casado, y J. Valero Torrijos,(coords.), *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos* (3ª ed.). Cizur Menor: Aranzadi, 2011.

Decreto 203/2021⁶. Allí, en su artículo 2 reaparecen los principios de “neutralidad”, “accesibilidad”, “interoperabilidad” y “proporcionalidad” en términos de antaño. Asimismo, con cierto carácter novedoso para el nivel estatal⁷ se proclama el principio de “facilidad de uso”⁸, *user centry*, así como, en la línea de la ansiada visión 360° (Cerrillo, 2021) se expresa el principio de la “personalización” y la “proactividad”⁹. El artículo 31 del Decreto 76/2020 de Cataluña es más concreto. Otros principios esenciales en la regulación de protección de datos, como la privacidad en el diseño y por defecto se echan en falta y no tanto por su mención, sino su proyección integral en la regulación. Estos principios habrían de tener lugar también en la Carta con directa relación a la Administración digital.

En esta obra también se analiza el apartado XVI dedicado a la participación y la transparencia, en la Carta a lo cual cabe remitir. En todo caso, resulta especialmente positivo que el apartado 2º se dedique a la afirmación de los principios de transparencia y de reutilización de datos, así como se mencione portabilidad de los datos y la interoperabilidad de los formatos, sistemas y aplicaciones. Cabe llamar la atención, si acaso, que el —nuevo— derecho a la portabilidad de datos en el contexto de la protección de datos no parece estar reconocido en el ámbito del sector público, dado que por lo general

⁶ Sobre el mismo me remito a mi estudio, “El nuevo reglamento de Administración electrónica, que no innova en tiempos de transformación digital”, *Revista Catalana de Derecho Público* n° 63, 2021, págs. 118-136, <http://dx.doi.org/10.2436/rcdp.i63.2021.3672>.

⁷ Más completa sin duda es la recepción de principios en normas autonómicas. Así, por ejemplo, cabe remitir al amplio abanico de principios reconocidos en la Ley 3/2010, de 5 de mayo, de la Generalidad valenciana, o del artículo 9 del Decreto valenciano. Y más recientemente y más innovadores son los principios proclamados en el Decreto 76/2020, de 4 de agosto, de Administración digital de Cataluña en su artículo 4 (liderazgo, proximidad, confianza y ciberseguridad, continuidad digital, entre otros) y en los artículos 27 y ss. (principios del diseño, art. 28; prestación de servicios proactivos y personalizados, art. 31).

⁸ Artículo 2.c: “El principio de facilidad de uso [...] determina que el diseño de los servicios electrónicos esté centrado en las personas usuarias, de forma que se minimice el grado de conocimiento necesario para el uso del servicio”.

⁹ Artículo 2.f: “El principio de personalización y proactividad, entendido como la capacidad de las Administraciones Públicas para que, partiendo del conocimiento adquirido del usuario final del servicio, proporcione servicios precumplimentados y se anticipe a las posibles necesidades de los mismos”.

los datos no se tratan en razón del consentimiento o contrato (art. 20 RGPD). De ahí que pueda resultar de mayor interés su mención para proyección en este ámbito.

III. EL ACCESO ELECTRÓNICO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN IGUALDAD Y LA NECESIDAD DE REFORZAR ALGUNAS GARANTÍAS

El primer apartado se centra en la garantía del acceso a los servicios, sistemas y procedimientos a través de la relación electrónica, poniendo gran énfasis en la igualdad. Ello se complementa también con la mención de la no discriminación en el apartado 3. Y especialmente con el apartado 4 por cuanto se afirma la necesidad de que “Se ofrecerán alternativas en el mundo físico que garanticen los derechos de aquellas personas que no quieran o no puedan utilizar recursos digitales y no resulten obligadas a ello, en las mismas condiciones de igualdad”. Se abordan cuestiones esenciales sobre las que desde hace muchos años he prestado intensa atención desde hace casi veinte años a través de las diversas normativas que hay habido: derecho a la relación electrónica, obligatoriedad e imposición de la misma, tratamiento diferente a quienes se relacionan online u offline, pérdida de derechos y garantías, etc.¹⁰ Sobre este tema, no puede dejarse de mencionar

¹⁰ Me remito a diversos de mis trabajos (desde 2004), y obviamente a toda la doctrina citada en los mismos. “La preocupante falta de garantías constitucionales y administrativas en las notificaciones electrónicas”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, RGDA Iustel, nº 57 2021, págs. 1-46. <https://www.uv.es/cotino/iustelrgda57cotino.pdf>; “La obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración y sus escasas garantías”, en *Internet, Derecho y Política*, IDP Nº 26 (febrero, 2018), págs. 1-12. DOI: 10.7238/idp.v0i26.3112; “El derecho y el deber de relacionarse por medios electrónicos. Asistencia en el uso de medios electrónicos a los interesados”, en E. Gamero Casado (Dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, enero 2017, págs. 476-532; “Derechos de las personas y derechos de los interesados en sus relaciones con las administraciones públicas: una visión en paralelo”, en C. Campos Acuña (ed.), *Manual sobre el nuevo procedimiento administrativo local tras la Ley 39/2015*, Wolters Kluwers, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2016, 978-84-7052-713-5, págs. 485-528.

que la Administración no ha dudado en imponer la obligatoriedad de la Administración electrónica, pero ha tardado muchos años en obligarse a sí misma y no lo ha hecho plenamente. En esta dirección desde DAIA Gamero ha propuesto la inclusión de que “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”.

En la Carta se detecta la grave sensibilidad de la cuestión ha tenido y se vislumbra la que está por venir en razón de las posibles y futuras discriminaciones y sesgos algorítmicos.

Por cuanto a las carencias, ha sido Gamero quien en las aportaciones a la Carta ha llamado la atención de ya que existen importantes derechos ya reconocidos especialmente en los arts. 12, 13, 14, 28 y 53 Ley 39/2015. Sin embargo, tales derechos no están siendo garantizados de manera efectiva en la actualidad y la Carta debería potenciar su efectiva materialización. Así que desde DAIA se propuso adicionar que “Las Administraciones públicas velarán por el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos a la ciudadanía en la legislación del procedimiento administrativo común”. Una carencia importante actual es que el art. 12.2 Ley 39/2015 únicamente reconoce el derecho a ser asistidos en el uso de medios electrónicos a quienes no tengan el deber de relacionarse por ese medio. Quedan fuera del mismo precisamente quienes más lo precisarían, como son los obligados. De ahí que sería de interés que la Carta reconociera que “Todas las personas tienen el derecho a ser asistidos en el uso de medios electrónicos, incluso cuando estuvieran obligados a relacionarse por dichos medios”.

Otra materia de muy especial sensibilidad a la que he dedicado la atención en los últimos tiempos es la relativa a las notificaciones administrativas electrónicas. Sus deficiencias llevan a que no sólo se produzcan problemas de discriminación sino, especialmente de indefensión. Gamero en este sentido propuso una adición para reconocer “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”.

Siguiendo también a este autor en el marco de las aportaciones de DAIA que, como no puede ser de otro modo, aquí se suscriben, otro terreno de deterioro de derechos que la Carta bien podría haber intentado subsanar, si se me permite, es sobre la privación del derecho a subsanar. Y es que la implantación del medio electrónico conduciendo en la práctica a la privación del derecho a subsanación de la solicitud, especialmente a los obligados a la relación electrónica. En esta dirección cabría expresar que “Los sistemas implantados para articular la relación por medios electrónicos evitarán que se lesionen los derechos de las personas interesadas en el procedimiento administrativo. 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”.

Como es bien sabido y también Gamero alerta, la usabilidad de los medios electrónicos con la Administración es muy mejorable. 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. De ahí que también desde DAIA se propuso la adición de que “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”.

IV. IDENTIFICACIÓN ÓRGANOS Y LA NECESIDAD DE EVITAR UNA “HUIDA DEL DERECHO” EN LOS SISTEMAS DE APOYO A LA TOMA DE DECISIONES TEÓRICAMENTE HUMANAS

En otros lugares he tenido ocasión especialmente de insistir en la necesidad de evitar que el uso de sistemas automatizados o de inteligencia artificial por el sector público se realice con, lo que he denominado, una huida del Derecho y de sus garantías¹¹. Este fenómeno se da particularmente respecto del uso de la IA en las fases previas o de asistencia a las decisiones humanas. Sistemas automatizados, tratamientos de grandes datos o inteligencia artificial se emplean para seleccionar supuestos de posible incumplimiento, potencial inspección, sanción u otras actuaciones. En cierto modo, el procedimiento y actuación individualizada ulterior sobre el sujeto es formalmente humano, puesto que el sistema automatizado sólo ha seleccionado el positivo. El sistema automatizado o algoritmo sí que influye en el contenido de la posterior acción administrativa, no en vano es la premisa de la actuación y posiblemente delimita los elementos estructurales básicos de la misma al detectar los patrones y pautas de la comisión de alguna irregularidad. Por decirlo de otro modo, para quien finalmente es sancionado, no es de escasa relevancia jurídica haber sido preseleccionado como posible infractor. Y, del contrario, no ser seleccionado y librarse de una actuación que sí que pueda corresponder, también es bien relevante. En modo alguno puede liberarse de garantías y obligaciones jurídicas considerando que se trata de actuaciones sin relevancia, o meramente auxiliares o complementarias y, obviamente, no se trata en ningún caso de actos meramente reglados automatizables que no hubieran de tener trascendencia jurídica¹².

¹¹ “Garantías frente a la huida del Derecho administrativo del uso de inteligencia artificial en el sector público”, Observatorio de Transformación Digital del Sector Público, PAGODA, 2020, <https://www.uv.es/catedra-pagoda/es/actualidad-1286053802801/Novetat.html?id=1286153098029> También en “Transparencia 4.0... cit.

¹² Al respecto ver Red DAIA 2020 o A. Huergo, “Una aproximación ... cit. 67 y ss., si bien es posible discrepar de la falta de relevancia de algunas actuaciones que señala el autor.

Sin embargo, hoy día es especialmente difícil conocer los sistemas de IA que se están usando para asistir o apoyar decisiones públicas, especialmente en fases previas o preparatorias. Ello queda 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 ámbito tributario utiliza intensivamente estos sistemas, pero su opacidad está especialmente protegida por el artículo 170.7 Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio que dispone que “los medios informáticos de tratamiento de información y los demás sistemas de selección de los obligados tributarios que vayan a ser objeto de actuaciones inspectoras tendrán carácter reservado, no serán objeto de publicidad o de comunicación ni se pondrán de manifiesto a los obligados tributarios ni a órganos ajenos a la aplicación de los tributos”. Asimismo, se trata de una fase de la actuación administrativa en buena medida inmune al control judicial. No en vano, la determinación de los obligados tributarios que vayan a ser objeto de comprobación “tiene el carácter de acto de mero trámite y no será susceptible de recurso o reclamación económico-administrativa” (art. 170.8º Real Decreto 1065/2007). Así pues, estos usos que son realmente importantes hoy día 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. y también prácticamente blindados al control judicial. Debería proclamarse 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 decisiones¹³.

Además, debe tenerse en cuenta que pese a que muchas decisiones sean “humanas” a propuesta de sistemas automatizados o de inteligencia artificial, como ha recordado el G29 “si alguien aplica de forma rutinaria perfiles generados automáticamente a personas sin que

¹³ N° 3 de las Conclusiones de Toledo de la Red DAIA, 1 abril 2019, <https://bit.ly/2LvW77M>.

ello [la revisión humana] tenga influencia real alguna en el resultado, esto seguiría siendo una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado”¹⁴. 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. Ello va a quedar recogido en el futuro Reglamento de inteligencia artificial de la UE, como se aprecia en el artículo 14 relativo a la vigilancia humana, apartado 4 b).— El mismo impone que a la hora de hacer un control efectivamente humano, hay que “ser conscientes de la posible tendencia a confiar automáticamente o en exceso en la información de salida generada por un sistema de IA de alto riesgo (“sesgo de automatización”), en particular con aquellos sistemas que se utilizan para aportar información o recomendaciones con el fin de que personas físicas adopten una decisión”.

Pues bien, la Carta habría de tomar claras prevenciones frente a estos fenómenos.

La Carta en su apartado 5º señala que “el poder público autor de una actividad en el entorno digital deberá identificar a los órganos responsables de la misma”. Se sigue así lo dispuesto en el artículo 41. 2º Ley 40/2015 cuando impone que en las actuaciones automatizadas “se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación”. Poco parece aportar pues la Carta a este respecto. Bien es cierto que es de interés que la letra b del apartado 6 de este XVIII, afirma como derecho la transparencia, que incluye entre otros elementos la obligación de informar “su carácter decisorio o no decisorio” del uso de IA público.

No obstante, dada la relevancia de la cuestión podría haberse ido más allá. Precisamente desde DAIA quien suscribe propuso que este apartado 5º se completara. En concreto, propuse que dicho apartado incluyera “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 admi-

¹⁴ Grupo del Artículo 29, *Directrices sobre decisiones automatizadas de 6 de febrero de 2018*, <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/wp251rev01-es.pdf>.

nistrativas, como pueda ser el caso de actuaciones de contratación, adjudicación de ayudas o subvenciones, excepto en las actuaciones plenamente regladas.

Asimismo, en el apartado relativo al reconocimiento de derechos, en general propuse que los mismos será de aplicación “en el marco de la actuación administrativa *en todas sus fases, incluidas las fases información y actuaciones previas*”. Es más, entre los derechos, propuse añadir otra letra relativa a esta cuestión, entre los derechos que se reconocen: “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”.

A este respecto, en las aportaciones que lanzamos desde OdiseIA, la profesora David recuerda que como mínimo el interesado tiene derecho a conocer de forma explícita desde el inicio del procedimiento o de la actuación material que la decisión será objeto de automatización total o parcial y, en su caso, en qué fase o fases del procedimiento se aplica dicha automatización. Esa información permitiría individualizar el posible “vicio del acto” o de un “elemento concreto del acto” de cara a su impugnación. La profesora se preguntaba, con relación a los derechos del interesado en el procedimiento administrativo previsto en el art. 53.1.a) Ley 39/2015, o a la puesta de manifiesto del expediente en el trámite de audiencia ¿cómo se materializaría dada la concepción restrictiva actual del expediente administrativo (art. 70.4 Ley 39/2015), al no formar parte del expediente la información contenida en “aplicaciones, bases de datos o informes internos” (supongamos que esos informes se han generado de forma automatizada por un algoritmo).

V. DERECHOS EN RELACIÓN CON EL USO PÚBLICO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Es ciertamente meritoria la atención que confiere la Carta al uso público de la IA y que se articula con la genérica proclamación de unos “derechos” a promover. Así, se enuncian en cuatro letras otros tantos derechos: al respeto del buen gobierno y buena Administración y de principios éticos (a); la transparencia algorítmica (b); la motiva-

ción de las decisiones basadas en IA así como de la separación de las mismas por el humano (c) y la reserva de decisiones discrecionales.

1. Derecho al respeto del buen gobierno, de la buena Administración y de principios éticos

La letra a) hace referencia al respeto de estos “principios”. Y cabe señalar que en versión previa interna se hacía mención a que las decisiones de IA se habrían de desarrollar “con la debida diligencia y el debido cuidado”. También se reconocía el derecho a “Un procedimiento de toma de decisiones 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”.

También es afortunada la recepción del derecho a la “buena Administración digital”, esto es, sumar expresamente al ámbito digital el reconocimiento del derecho a la buena Administración del artículo 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Como Sánchez Acevedo afirmase en su tesis doctoral cabe hablar de un derecho a la buena Administración electrónica¹⁵. Y es que como recientemente he recordado, el actual marco jurídico ha de quedar bajo la buena Administración electrónica y bajo la imposición de un criterio de interpretación favorable para el administrado electrónicamente¹⁶. En esta dirección cabe destacar el acierto de la STSJ Castilla y León, núm. 126/2019, de 6 de febrero (rec. 486/2018). La misma recuerda que “si bien los medios de comunicación informáticos se establecen para favorecer a los administrados frente a la administración, ésta también resulta muy beneficiada por las nuevas tecnologías [...], y fruto de ello es que tengan aplicación las exigencias a la administración en cuanto al Derecho a una Buena Administración que establece el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. Como Ponce recuerda en los comentarios de la Red DAIA a la Carta, el derecho a una buena administración implica destacadamente una obligación jurídica de diligencia debida o

¹⁵ M. E. Sánchez Acevedo, *Derecho a la buena administración electrónica*, Tesis doctoral dirigida por L. Cotino Hueso, Universitat de València 2016. Luego en Editorial Ibáñez, Bogotá, 2016.

¹⁶ En especial, en “La preocupante falta de garantías... *cit.*”

debido cuidado, de acuerdo con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo¹⁷. Y ello es positivo que se exprese también en la Carta y que, en todo caso, se hubiera mantenido la mención de las necesarias garantías debidas¹⁸.

2. *Transparencia de los usos algorítmicos públicos*

Hay que valorar también muy positivamente la expresa atención de la Carta a uno de los temas de mayor relevancia respecto de los usos algorítmicos, como es la transparencia, explicabilidad, trazabilidad, auditabilidad y, en el caso de decisiones públicas, también la motivación de las mismas¹⁹. Ello se refleja en dos “derechos”: la trans-

¹⁷ Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia 196/2019 de 19 Feb. 2019, Rec. 128/2016: “Ya en otras ocasiones hemos hecho referencia al principio de buena administración, principio implícito en la Constitución, arts. 9.3, proyectado en numerosos pronunciamientos jurisprudenciales y positivizado, actualmente, en nuestro Derecho común, art. 3.1.e) de la Ley 40/2015; principio que impone a la Administración una conducta lo suficientemente diligente como para evitar definitivamente las posibles disfunciones derivada de su actuación, sin que baste la mera observancia estricta de procedimientos y trámites, sino que más allá reclama la plena efectividad de garantías y derechos reconocidos legal y constitucionalmente (...) y mandata(...) observar el deber de cuidado y la debida diligencia para su efectividad...”.

¹⁸ Entre otros, cabe seguir a J. Valero Torrijos, “Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración”, *Revista Catalana de Derecho Público* n° 58 (junio 2019).

¹⁹ La importancia de la transparencia en sentido amplio se ha señalado en la Declaración y Conclusiones de DAIA 2019, 2022. La atención por los diversos autores en el sector público, muchos de ellos desde la red DAIA, así como entre otros Boix o Huergo, Gutiérrez u otros es muy relevante. A. Boix, A., “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 1. DOI: 10.37417/RPD/vol_1_2020_33. A. Huergo, “Una aproximación a los algoritmos desde el derecho administrativo”, en Huergo, A., *La regulación de los algoritmos*, Aranzadi, Cizur, 2020, págs. 23-88, 67 y ss. Recientemente, además de los diversos estudios de Cerrillo (entre otros, “Com obrir les caixes negres de les administracions públiques? Transparència i rendició de comptes en l’ús dels algoritmes”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 58, junio 2019), cabe destacar G. Vestri, “La inteligencia artificial ante el desafío de la transparencia algorítmica: Una aproximación desde la perspectiva jurídico-administrativa”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n° 56, 2021, págs. 368-398, M. E.

parencia sobre funcionamiento, alcance en cada procedimiento, datos utilizados, margen de error, ámbito de aplicación (b) y la motivación comprensible de la decisión y del posible no seguimiento humano de la misma.

Un elemento esencial de garantía frente al uso de la IA en el que hemos insistido desde la Red DAIA (por ejemplo, 2019 a: n° 9) son las obligaciones de transparencia, auditabilidad y explicabilidad del algoritmo, abogamos por “la transparencia y justificación desde el diseño que genere datos auditables”. Se precisan sistemas “white box” frente a la *caja negra*. Estas exigencias derivan de diversos derechos fundamentales como el derecho de acceso a la información, el debido proceso y las garantías judiciales y administrativas, el derecho a la buena Administración así como principios como la interdicción de la arbitrariedad y la rendición de cuentas. Además de estos derechos, es una exigencia del derecho a la protección de datos que implica transparencia y derecho de acceso a la información. Y si además se aplica el artículo 22 RGPD para decisiones automatizadas, se refuerzan estas obligaciones de acceso, transparencia y explicabilidad, lo mismo que el control y las auditorías en el caso de ser aplicable el artículo 41 Ley 40/2015. A lo anterior cabe añadir que para los sistemas de alto riesgo así calificados por el Reglamento de IA de la UE se suman las garantías de transparencia, documentación técnica, trazabilidad y otras relacionadas con la transparencia en sentido general. No pocos usos públicos de IA serán sistemas de alto riesgo en virtud del Anexo III del futuro Reglamento.

La transparencia de la lógica del algoritmo, en nuestro caso de uso público, podría estandarizarse normativamente, por ejemplo, a partir

Gutiérrez David, “Administraciones inteligentes y acceso al código fuente y los algoritmos públicos. Conjuro riesgos de cajas negras decisionales”, *www.derecom.com*, N° 31, 2021, págs. 19-105 o M. Medina Guerrero, “El derecho a conocer los algoritmos utilizados en la toma de decisiones. Aproximación desde la perspectiva del derecho fundamental a la protección de datos personales”, *Teoría y realidad constitucional*, n° 49, 2022, págs. 141-171.

Por mi parte, he coordinado dos congresos monográficamente relacionados con la transparencia algorítmica: A. Boix, y L. Cotino, (coords.), *Monográfico Derecho Público, derechos y transparencia ante el uso de algoritmos, inteligencia artificial y big data RGDA Iustel*, n° 50, febrero 2019 y monografía sobre transparencia algorítmica que se publica en Tirant en 2022.

de mínimos como los fijados en febrero 2020 por la AEPD para los casos de aplicabilidad del artículo 22 RGPD²⁰:

El detalle de los datos empleados para la toma de decisión, más allá de la categoría, y en particular información sobre los plazos de uso de los datos (su antigüedad).

La importancia relativa que cada uno de ellos tiene en la toma de decisión.

La calidad de los datos de entrenamiento y el tipo de patrones utilizados.

Los perfilados realizados y sus implicaciones.

Valores de precisión o error según la métrica adecuada para medir la bondad de la inferencia.

La existencia o no de supervisión humana cualificada.

La referencia a auditorías, especialmente sobre las posibles desviaciones de los resultados de las inferencias, así como la certificación o certificaciones realizadas sobre el sistema de IA. En el caso de sistemas adaptativos o evolutivos, la última auditoría realizada.

En el caso de que el sistema IA contenga información de terceros identificables, la prohibición de tratar esa información sin legitimación y de las consecuencias de realizarlo.

Puede entenderse que estos niveles de transparencia habrían de ser también predicables para los usos de IA públicos de impacto y relevancia que estén basados en decisiones algorítmicas. Y ello aunque tales decisiones no fueran exclusivamente o algorítmicas. No obstante, hoy por hoy en España no se deriva con claridad que ello se exija ni siquiera para las decisiones públicas exclusivamente automatizadas. De ahí que la Carta podría suponer una aportación si hubiera asentado algunos de estos elementos.

Asimismo, la Carta bien podría haber impulsado la cuestión del acceso al Código fuente o a elementos importantes sobre el funcionamiento y la lógica del algoritmo, sin perjuicio de la mención a la posible restricción en algunos supuestos por límites aplicables (eficacia

²⁰ AEPD, *Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial*. Una introducción, 2020, pág. 23. <https://www.aepd.es/es/node/44287>.

de la Administración, seguridad informática, propiedad intelectual o industrial, intereses económicos y comerciales, etc.). El reciente caso Bosco (Bono social eléctrico) y la denegación tanto por el Consejo de transparencia estatal como en sede judicial de acceso al sistema solicitado por Civio es muestra de la necesidad de una mejora regulatoria²¹.

La aprobación previa y diversas garantías de publicidad son esenciales. Ante las graves carencias para conocer los usos de Inteligencia Artificial en el sector público, desde DAIA hemos insistido en la aplicabilidad en muchos supuestos del artículo 6 bis de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia que obliga a los sujetos públicos a publicar su inventario de actividades de tratamiento en aplicación del artículo 31 de la Ley orgánica 8/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Consideramos que puede ser un instrumento que impulse la transparencia y monitorización de los usos públicos de IA al menos en los casos en los que implican importantes tratamientos de datos personales.

Resulta también un acierto que la Carta mencione que “la ley podrá regular las condiciones de transparencia y el acceso al código fuente, especialmente con objeto de verificar que no produce resultados discriminatorios”. Hay que estimular la mejor regulación de esta transparencia. Y en esta dirección me permito significar el importante avance que supone el artículo 16.1º l) de la reciente Ley 1/2022, de 13 de abril, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunitat Valenciana. Es la primera regulación, cuanto menos en España, que impone a la Generalitat Valenciana publicar “1) La relación de sistemas algorítmicos o de inteligencia artificial que tengan impacto en los procedimientos administrativos o la prestación de los servicios públicos con la descripción de manera comprensible de su diseño y funcionamiento, el nivel de riesgo que implican y el punto de contacto al que poder dirigirse en cada caso, de acuerdo con los principios de transparencia y explicabilidad”.

²¹ Sentencia 143/2021, de 30 de diciembre del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 8 de Madrid, <https://civio.app.box.com/s/ok4x3w0l12iou-gk4cz6mt5ec73vdafb9>.

Hay que subrayar que dicha ley no se limita a la IA, sino a los sistemas algorítmicos y, sobre todo, no se limita a los sistemas que adoptan las decisiones sin intervención humana (como el artículo 23 RGPD o el artículo 41 Ley 40/2015). Se obliga a la publicidad de los sistemas actualmente mayoritarios que no deciden, sino que alertan, asisten o proponen decisiones para que las complete o adopte un ser humano. De hecho, ésta es la línea que sigue la reciente obligación de transparencia de algoritmos usados en el ámbito laboral. Así, el concepto de algoritmo usado por el artículo 64.4.d) ET no exige que la toma de decisión se realice sin intervención humana, sino que dichos algoritmos “afecten” a la toma de decisiones que “puedan incidir, aunque se use el algoritmo como simple apoyo a la toma de decisiones y no sea determinante para la decisión final tomada sobre la persona trabajadora, su mero uso, implica el nacimiento de los derechos de información de la representación legal de la plantilla²².

3. Explicabilidad y motivación en lenguaje natural. Y la motivación humana si se separa del criterio algorítmico

Como se ha adelantado y desde DAIA hemos tenido ocasión de afirmar, para el ámbito público los artículos 9.3 y 24 CE, así como la normativa administrativa, imponen fuertes garantías de motivación de las decisiones, que se incrementan a medida que el impacto en los derechos es mayor. La justificación de las decisiones queda así vinculada a las exigencias de transparencia e incluye el acceso al código fuente de los algoritmos —o, cuando menos, a su lógica interna de funcionamiento— y a los sistemas en los que se integran, los datos que manejan y su calidad, la rendición de cuentas con identificación de a quién responde del funcionamiento, así como los motivos y las razones por los que se ha tomado una decisión pública que afecta a una persona en concreto o a un colectivo; todo ello para no vulnerar

²² Al respecto, *Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*, Comisión de personas expertas sobre algoritmos en el ámbito laboral coordinada por Gemma Galdon Clavell e integrada adicionalmente por Anna Ginès i Fabrellas, Ana Belén Muñoz Ruiz, Javier Sánchez Monedero y Adrián Todolí Signes. Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022. https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/Documents/2022/100622-Guia_algoritmos.pdf.

el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad. La sentencia de 5 de febrero de 2020 del Tribunal de Distrito de la Haya²³ ha sido muy exigente al respecto y lo ha vinculado también a las garantías de defensa. Hay que eludir, por ello, una presunción jurídica de acierto de las decisiones automatizadas o de sistemas inteligentes y ofrecer posibilidades y garantías eficaces —no sólo en la vía judicial— de probar los posibles errores de diseño o funcionamiento.

El artículo 35 Ley 39/2015 obliga a motivar prácticamente todos los actos administrativos, siendo además exigencia constitucional en los todo acto limitativo de derechos e intereses. Como recuerda Gamero²⁴, no se trata, por tanto, de que existan motivos para dictar el acto: sino de que esos concretos motivos sean transparentes y visibles, que se hagan constar en el propio acto. Se trata de una garantía formal, aunque con la finalidad material no padecer indefensión. Y obviamente no hace falta que una regulación expresa obligue a motivar los actos dictados mediante algoritmos o IA deban motivarse. La Agencia de Derechos fundamentales de la UE ubica la obligación de motivación algorítmica en el derecho a la buena Administración²⁵

Como Martín Delgado apunta también con DAIA para la Carta, “el foco de atención de 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”. Se trata del proceso lógico que conduce a adoptar el acto, la programación del algoritmo, puesta a disposición de los destinatarios del acto, para que puedan si los criterios en

²³ Me remito a mis estudios, “Hacia la transparencia 4.0: el uso de la inteligencia artificial y big data para la lucha contra el fraude y la corrupción y las (muchas) exigencias constitucionales”, en Carles Ramió (coord.), *Repensando la administración digital y la innovación pública*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2021. <https://links.uv.es/FUW2pz6> así como a “SyRI, ¿a quién sanciono?” Garantías frente al uso de inteligencia artificial y decisiones automatizadas en el sector público y la sentencia holandesa de febrero de 2020, en *La Ley Privacidad, Wolters Kluwer* n° 4, mayo 2020. Acceso en Academia.

²⁴ E. Gamero Casado, “Necesidad de motivación e invalidez de los actos administrativos sustentados en inteligencia artificial o en algoritmos”, *Almacén de Derecho*, 4 febrero 2021.

²⁵ FRA, *Artificial Intelligence and Fundamental Rights*, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2020, pág. 81, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-artificial-intelligence_en.pdf.

cuestión son objetivos y no incurren en la arbitrariedad proscrita por los artículos 9.1 y 103.2 CE. Por ejemplo, sentencia del Consejo de Estado italiano núm. 8472 de 13 de diciembre de 2019 exige el “*pleno conocimiento del módulo utilizado y de los criterios aplicados*”, así como que “este conocimiento del algoritmo debe garantizarse en todos los aspectos: desde sus autores hasta el procedimiento utilizado para su elaboración, el mecanismo de decisión, las prioridades asignadas en el procedimiento de evaluación y toma de decisiones y los datos seleccionados como relevantes (...) a fin de poder verificar que los criterios, condiciones y resultados del procedimiento robótico cumplen con las prescripciones y las finalidades establecidas por la ley o por la propia administración sobre dicho procedimiento y para que queden claras —y, por lo tanto, sean cuestionables— las modalidades y reglas a partir de las que se haya programado”²⁶.

Añade Gamero que no puede descartarse que habrá de incluir también la acreditación de que el sistema de información mediante el que se ha adoptado la decisión haya superado exitosamente la correspondiente y periódica auditoría que verifique su adecuado funcionamiento. Y ello lo ubica también en la motivación siguiendo supuestos de cinemómetros con relación a las multas de velocidad²⁷. Se tratará pues de la existencia de informes y dictámenes bien incorporados al acto o que se puedan conocer por el interesado, constandingo en el expediente o en otras fuentes de información a su alcance.

Ello lleva, además a que los sistemas de aprendizaje no pueden incorporarse, como señala la Carta, si no se puede obtener una motivación comprensible en lenguaje natural de las decisiones. De lo contrario, como recuerda este autor, no podría verificarse que se dictó con criterios objetivos y sin incurrir en arbitrariedad.

²⁶ A. Cerrillo Martínez, ¿Son fiables las decisiones de las Administraciones públicas adoptadas por algoritmos?, *European Review of Digital Administration & Law* Volume 1, Issue 1-2, 2020, DOI: 10.4399/97888255389603, págs., 18-36, ver 31 y ss.

²⁷ Si no se acreditan las pruebas del buen funcionamiento, no existe prueba de cargo que permita sancionar. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal superior de Justicia de Castilla y León 1465/2001, de 29 de septiembre; y otras muchas concordantes.

La Carta debe estimular una mejor regulación para dejar (más) clara la necesidad de motivación de los actos administrativos sustentados en algoritmos o IA.

En la consulta para la Carta, desde DAIA Ponce propuso que se añadiera que “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. Y desde OdiseIA, Gutiérrez proponía añadir que *“En particular, la motivación contendrá una referencia sucinta al modelo o modelos algorítmicos concretos implementado, a la tipología de datos de entrenamiento y datos de validación empleados, a las variables y parámetros aplicados por el modelo, al porcentaje de aciertos y errores resultantes de la validación del modelo o modelos empleados y a las herramientas complementarias de explicación del modelo si éste se caracteriza por su baja interpretabilidad, y en su caso, a la fase o fases del procedimiento o actividad material concreta en que dicho modelo o modelos han sido aplicados”*.

Como tuve ocasión de proponer en la fase inicial de la Carta, “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”. Y ello ha sido en buena medida recibido en la misma y considero que es un motivo para congratularse. No hay que olvidar como punto de partida que el uso de sistemas de IA es en general todo un avance. Sin duda que hay que evitar el referido “sesgo de automatización” y una presunción de Derecho de que el sistema es correcto. No obstante, la ciudadanía también merece conocer las razones humanas que imponen a no seguir las propuestas o decisiones automatizadas, se trata de una extensión necesaria precisamente del control o supervisión humana. A este respecto, también acierta la carta en el XXIII relativo al ámbito de salud cuando dispone que “4. El empleo de sistemas digitales de asistencia al diagnóstico, y en particular de procesos basados en inteligencia artificial no limitará el derecho al libre criterio clínico del personal sanitario”.

4. Reserva legal de humanidad y del uso de IA para decisiones discrecionales

El XVIII en su apartado 6. d) afirma “Que la adopción de decisiones discrecionales quede reservada a personas, salvo que normativamente se prevea la adopción de decisiones automatizadas con garantías adecuadas”.

Resulta de interés señalar que el precepto 35a de la Ley de procedimiento administrativo alemán dispone que “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”. En el caso español el artículo 41 Ley 40/2015 supone una habilitación legal genérica que no entra en detalles del tipo de acto administrativo. La doctrina apuntó que sólo cabría el uso de estos medios respecto del ejercicio de potestades regladas y, si acaso, en ámbitos de baja discrecionalidad, en los que es posible la parametrización de las posibilidades de actuación del órgano administrativo competente.²⁸ De esta manera no cabría el uso de sistemas IA respecto de facultades “discrecionales políticas o bajo discrecionalidad técnica no parametrizable”. Es por ello que para la Carta DAIA afirme que cabe una remisión a la ley para que permita de modo concreto 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. Asimismo considero que la reserva de ley también es exigible cuando la decisión automatizada implique un tratamiento de datos personales, será también precisa la regulación legal de dicho tratamiento con las correspondientes garantías en razón de los artículos 6 y 9 RGPD.

Desde DAIA propusimos que el texto señalara que “la adopción de decisiones discrecionales políticas o bajo discrecionalidad técnica no parametrizable quedará reservada a 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 el marco de cada procedimiento o actuación adminis-

²⁸ I. Martín Delgado, “Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada”, *Revista de administración pública*, nº 180, 2009, págs. 353-386, págs. 366 y 368.

trativa. 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.

Por otra parte, este precepto de la Carta debe también ser leído como una “reserva humana” para ciertas decisiones que puede definirse de modo concreto con una ley. Lamentablemente la Carta finalmente no hace referencia a una ley, sino a cualquier normativa.

VI. EVALUACIÓN DE IMPACTO MULTIRRIESGO Y CON PARTICIPACIÓN SOCIAL

El apartado I. 4 de la Carta “declara que el principio de cumplimiento normativo desde el diseño es de aplicación íntegramente al desarrollo de los entornos digitales y por ello los desarrollos científicos, tecnológicos y su despliegue contemplarán en la determinación de sus requerimientos un análisis sobre el cumplimiento de tal principio”. Como en otros lugares he señalado²⁹ y sobre todo siguiendo a autores como Mantelero³⁰ para los nuevos entornos digitales se necesita un nuevo modelo jurídico del “más vale prevenir que curar”. Y una pieza esencial en ello es el instrumento de la evaluación de impacto. En esta línea es del todo acertado el XVIII. 4º cuando afirma que “Será necesaria una evaluación de impacto en los derechos digitales en el diseño de los algoritmos en el caso de adopción de decisiones automatizadas o semiautomatizadas”. Se trata de una técnica ya conocida en ámbitos de medio ambiente o de igualdad, pero que especialmente ha sido desarrollada en el contexto de la protección de datos. Bajo el principio de responsabilidad proactiva se incluye la obligación de realizar

²⁹ “Nuevo paradigma en la garantías de los derechos fundamentales y una nueva protección de datos frente al impacto social y colectivo de la inteligencia artificial”, en L. Cotino Hueso, (editor), *Derechos y garantías ante la inteligencia artificial y las decisiones automatizadas*, Thompson-Reuters Aranzadi, FIADI (Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática), Cizur, 2022.

³⁰ A. Mantelero, *Beyond Data. Human Rights, Ethical and Social Impact Assessment*, Springer, Information Technology and Law Series IT&LAW 36, 2022, acceso en <https://link.springer.com/book/10.1007/978-94-6265-531-7>.

un estudio de impacto de protección de datos en algunos supuestos (art. 35 RGPD). Sobre esta base y para España, la AEPD en 2019 ha concretado cuándo se requiere un EIPD³¹. Y las decisiones automatizadas y algorítmicas reúnen de modo general los requisitos. Cabe remitir a los instrumentos desarrollados por las autoridades europeas³² y las autoridades de datos españolas, también para el ámbito concreto del sector público³³. Y precisamente esta visión se exporta al ámbito de la IA en todas las políticas desarrolladas, especialmente desde las Directrices del Grupo de altos expertos UE³⁴ y una IA Made in Europe bajo el principio de ética en el diseño³⁵. Como hemos recordado desde DAIA, las garantías frente a las decisiones algorítmicas públicas deben agudizarse si se tratan datos especialmente protegidos o hay factores singularmente incisivos, tal y como sucede con el ejercicio de potestades susceptibles de generar actos desfavorables o de gravamen

³¹ AEPD, *Listas de tipos de tratamientos de datos que requieren EIPD (art. 35.4)*, pág. 3. Acceso <https://www.aepd.es/media/criterios/listas-dpia-es-35-4.pdf>.

³² Así, Grupo del Artículo 29, *Directrices sobre la evaluación del impacto de la protección de datos (DPIA) y determinar si el procesamiento es “probable que genere un alto riesgo” a los efectos del Reglamento 2016/679, WP248 rev.01*, Revisadas por última vez y adoptadas el 4 de octubre de 2017, <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/wp248rev01-es.pdf>.

³³ AEPD, *Gestión del riesgo y evaluación de impacto en tratamientos de datos personales*, 2021, <https://www.aepd.es/es/node/46578>.

AEPD, *Modelo de informe de Evaluación de Impacto en la Protección de Datos (EIPD) para Administraciones Públicas*, 2019, <https://www.aepd.es/es/node/816>.
Autoridad Catalana de Protección de datos, *Guía práctica sobre la evaluación de impacto relativa a la protección de datos*, 2017, https://apdcat.gencat.cat/es/documentacio/guies_basiques/Guies-apdcat/Guia-sobre-la-evaluacion-de-impacto-relativa-a-la-proteccion-de-datos-en-el-RGPD/.

AEPD, *Guía práctica para las evaluaciones de impacto en la protección de datos personales*, 2018 <https://www.lopdencastellon.com/wp-content/uploads/2018/02/Gu%C3%ADa-Evaluaci%C3%B3n-de-impacto-protecci%C3%B3n-de-datos.pdf>.

³⁴ Comisión Europea, *Directrices éticas para una IA fiable*, Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías Oficina de Publicaciones, 2019, <https://data.europa.eu/doi/10.2759/14078>.

³⁵ Puede seguirse mi estudio, “Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial, robótica y big data confiables y su utilidad desde el derecho” en *Revista Catalana de Derecho Público* n° 58 (junio 2019). <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/issue/view/n58> <http://dx.doi.org/10.2436/rcdp.i58.2019.3303>.

como sucede en el ámbito sancionador o, incluso, cuando la decisión puede afectar a colectivos más vulnerables, singularmente en relación con datos de menores de edad entre otros. De hecho, deberían operar especiales prohibiciones a las actuaciones automatizadas o semiautomatizadas en algunos supuestos y ámbitos.

Es un acierto que la mención al estudio de impacto no se vincule a la protección de datos, sino a todos los derechos digitales. La misma AEPD en sus guías sobre IA o las Directrices mencionadas superan con mucho una visión limitada a este derecho fundamental, también los marcos de gestión de riesgos que para la IA se están estandarizando, por ejemplo desde el NIST³⁶. De hecho, es necesario estandarizar estos estudios de impacto desde un enfoque multirriesgo y ya cabe seguir grandes avances como en Países Bajos³⁷ y también a nivel europeo específicamente para el ámbito del sector público, las *Normas modelo sobre la evaluación del impacto de los sistemas algorítmicos de toma de decisiones utilizados por la administración pública* del European Law Institute³⁸. La previsión de la Carta de derechos digitales, sin duda puede ser un estímulo para la adopción en la Administración española de estos estudios de impacto específicos no sólo vinculados a la protección de datos.

Gutiérrez en la posición que hemos sostenido desde OdiseIA añade que debería establecerse un contenido mínimo de dicha evaluación y que desde luego, estas evaluaciones de impacto deberían ser obligatorias para todas las licitaciones de soluciones que implementen algoritmos de IA. Asimismo, propone que la evaluación de Impacto individual y colectivo del sistema algorítmico, debería ser objeto de publicidad activa, al menos, un resumen ejecutivo, donde se identifi-

³⁶ NIST, *AI Risk Management Framework: Initial Draft*, March 17, 2022.

³⁷ Ministry of the Interior and Kingdom, *Impact Assessment. Fundamental rights and algorithms*, Países Bajos, marzo, 2022. <https://www.government.nl/binaries/government/documenten/reports/2022/03/31/impact-assessment-fundamental-rights-and-algorithms/Fundamental+Rights+and+Algorithms+Impact+Assessment.pdf>.

³⁸ European Law Institute, *Model Rules on Impact Assessment of Algorithmic Decision-Making Systems Used by Public Administration*, European Law Institute-University of Wien, 2022, https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Impact_Assessment_of_ADMSs_Used_by_Public_Administration.pdf.

quen los tipos de algoritmos implementados, las categorías de datos de entrenamiento del modelo utilizadas, los impactos individuales y sociales previstos por el sistema algorítmico implementado, las medidas implementadas por el sistema para evitar o mitigar los efectos adversos en derechos y libertades. Recuerda Gutiérrez las Recomendaciones de la APDCAT de publicar la EIPD relativas a los tratamientos que son responsabilidad de las Administraciones públicas, pues “resulta de especial relevancia cuando el interés del tratamiento puede llegar a suponer un cierto impacto social o puede generar un estado de opinión en las personas los datos de las cuales pueden llegar a ser objeto de tratamiento”³⁹.

Me permito añadir, por último, que estos estudios de impacto con un enfoque multirriesgo, deben adoptar formas participativas así como incluir claramente riesgos sociales y colectivos. En este punto, quien suscribe con DAIA propuso la inclusión de un apartado:

“Garantías de impacto social. Se cumplirá lo dispuesto en este artículo como principios cuando se empleen sistemas automatizados o inteligentes con tratamiento de datos anonimizados o no personales, para la toma de decisiones políticas 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.

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”.

Las referidas normas propuestas por el European Law Institute hacen referencia a que el estudio de impacto incluya no sólo los derechos o intereses fundamentales, sino lo relativo a “ii. la democracia,

³⁹ Autoridad Catalana, *Guía práctica ... cit.*

el bienestar de la sociedad y el medio ambiente” (art. 6. 2 c) ii). Asimismo, proponen la inclusión de sectores en los consejos de expertos que deben realizar auditorías (art. 10) y, por lo que ahora interesa, garantiza la participación pública en el artículo 11 a través de una consulta pública para evaluar el sistema de IA público.

VII. OTRAS MEJORAS DESEABLES EN LA CARTA

1. *La conveniencia de mencionar otras garantías como la aprobación previa de los sistemas públicos*

Cuando hay tratamientos de datos por el sector público que hace uso de sistemas automatizados y algorítmicos se aplica el régimen de protección de datos. Asimismo, para el sector público rige el ya mencionado artículo 41. 1º Ley 40/2015 sobre actuaciones automatizadas. Sus insuficiencias son mayúsculas: sólo establece algunas garantías previas, ciertamente escasas y las reserva al uso en el marco formal de procedimientos administrativos, que además ha de ser “íntegramente” automatizado y sin supervisión humana.

El Decreto 203/2021 da tímidos avances respecto de las actuaciones automatizadas. Por lo que ahora interesa, el artículo 13 del Decreto 203/2021 y sólo para la AGE añade que será precisa una resolución de autorización de las decisiones íntegramente automatizadas. Dicha resolución, expresando los recursos procedentes, se publicará en la sede de la AGE. El contenido de la misma puede adivinarse en razón del artículo 11. 1. *i*, pues habrá de incluir una “relación actualizada de las actuaciones administrativas automatizadas vinculadas a los servicios, procedimientos [...]”. Cada una se acompañará de la descripción de su diseño y funcionamiento, los mecanismos de rendición de cuentas y transparencia, así como los datos utilizados en su configuración y aprendizaje”. Asimismo, el artículo 13.2 menciona genéricamente que la “resolución” “establecerá medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos de las personas interesadas”. No se aprovecha la ocasión para predeterminar no pocas medidas que hoy por hoy ya se van decantando.

Pues bien, desde DAIA propusimos que se incluyera que en todo caso, *serán objeto de aprobación previa de los sistemas algorítmicos que se vayan a usar para la toma de decisiones, con determinación de su ámbito concreto de aplicación y estructura de funcionamiento. 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. El procedimiento de aprobación previa incluirá un trámite de información pública, de acuerdo con la ley de procedimiento administrativo común.*

2. La aconsejable extensión de garantías en el ámbito de la colaboración público privada

Desde DAIA para la elaboración de la Carta hemos subrayado que las entidades públicas han de asumir un papel activo en la gestión contractual referida al uso de la Inteligencia Artificial, valorando con carácter previo qué condiciones deberían respetarse por parte de las entidades privadas contratistas teniendo en cuenta las singularidades del sector público. En concreto, debe reflexionarse sobre cuál debería ser el régimen de transparencia y acceso a la programación y en qué condiciones se podría disponer de la titularidad o, en su caso, de los derechos de uso de los algoritmos. También afirmamos que es necesaria la adecuación del marco de la contratación pública para embridar y poner al servicio del interés general —evitando la cautividad de las Administraciones Públicas— la intensa colaboración público-privada en el desarrollo de herramientas algorítmicas, de Inteligencia Artificial y creación y gestión del *big data*. De este modo, la contratación pública ha de integrar las exigencias de transparencia y justificación, así como la no discriminación o el cumplimiento de la privacidad. Ello, además, debe permitir la igualdad de los concurrentes en la contratación para satisfacer estos principios en el diseño. En el ámbito de las ciudades inteligentes (*smart cities*), también hay que prestar una especial atención a este campo, en el que se abre un importante ámbito de experimentación a nivel local.

Es por ello que podría haber sido positiva la inclusión que propusimos: “Las garantías de este párrafo habrán de darse cuando el desarrollo de sistemas o aplicaciones se efectúen en el marco de la colaboración y contratación público privada y habrán de garantizarse en los pliegos y condiciones u otros instrumentos”.

3. Algún reforzamiento respecto de la no discriminación algorítmica

Como desde la Red DAIA tuvimos ocasión de exponer en consulta interna en el proceso de la Carta, es necesario reforzar los derechos a la igualdad y no discriminación para evitar el menoscabo que el uso intenso de las tecnologías del *big data* y la Inteligencia Artificial pueden generar al permitir sistemas de control y monitorización de los ciudadanos con fines más o menos espurios. Voluntaria o involuntariamente, lo cierto es que el manejo de datos de deficiente calidad o un mal diseño pueden generar sesgos y discriminación, que hay que minimizar. Al mismo tiempo, es preciso garantizar que el sistema inteligente no pierda su eficacia por la minimización. También se han de proyectar las técnicas del Derecho antidiscriminatorio en los límites para la corrección de posibles sesgos. En este sentido, hay que tener igualmente en cuenta la lucha contra una nueva brecha, la brecha sobre la capacidad de leer y explotar el *big data*, en tanto que solo aquellas organizaciones con suficientes recursos humanos y económicos son capaces de aprovechar todas las ventajas de estas nuevas herramientas. Sobre el tema en España hay que remitir especialmente a los trabajos de Soriano⁴⁰. A este respecto, para la Carta y desde DAIA Ponce propone reforzar garantías. Como punto de partida sería positivo afirmar que “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

⁴⁰ Desde su tesis doctoral y diversas publicaciones, entre otras, Soriano Arnanz Alba, “Decisiones automatizadas y discriminación: aproximación y propuestas generales”, *Revista General de Derecho Administrativo* (Iustel, enero 2021) n° 56, acceso, <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1511706>.

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”.

Y especialmente por cuanto a los sesgos y discriminación, se propone regular en el apartado XXIII que “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”.

VIII. CONCLUSIONES

El apartado XVIII de la Carta relativo a los “Derechos digitales de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones Públicas” es posiblemente una de las mejores aportaciones de la Carta, que innova e impulsa en buena medida respecto del ordenamiento jurídico actual. Es netamente superior al de la Carta portuguesa, ciertamente limitada a este respecto⁴¹. Como aquí se ha seguido, se afirman principios de

⁴¹ Así, cabe recordar que el artículo 19 “Derechos digitales frente a la Administración Pública” reconoce genéricos derechos a “Beneficiarse de la transición a los procedimientos administrativos digitales” (a), “Obtener información digital”

interés en la Carta, hay un positivo reforzamiento del acceso electrónico a los servicios públicos en igualdad y la necesidad de apuntar garantías en la relación electrónica con la Administración. Se incluyen menciones específicas respecto de la no discriminación algorítmica. Aunque se hace referencia a la necesaria identificación órganos, muy posiblemente habrían de incluirse mayores garantías para evitar una “huida del Derecho” por los usos de sistemas automatizados para asistir en la toma de decisiones teóricamente humanas. Como aquí se ha analizado, hoy día y muy posiblemente en el futuro, los usos más sensibles e impactantes son precisamente éstos y quedan bajo la opacidad e incluso inexistencia jurídica fuera del procedimiento. En cualquier caso, en la Carta no son pocos los derechos de la ciudadanía en relación con el uso público de la inteligencia artificial. Es muy positiva la mera mención del derecho al respeto del buen gobierno, de la buena Administración y de principios éticos pues ello puede desplegar interesantes efectos e impulsos normativos y jurisprudenciales. Sí que hubiera sido positiva la mención de las garantías del debido proceso. En cualquier caso, ha sido bien recogida una de las vigas maestras de las garantías en el ámbito de la IA, que no es sino la transparencia, explicación y motivación de los usos algorítmicos de la Administración. Y ello ha sido doblemente apuntalado en la Carta. También se ha tenido en cuenta la necesidad de delimitar una reserva humanidad a través de normas. Hubiera sido mejor la mención expresa a la ley, dejando claro en general que no proceden las decisiones discrecionales por sistemas automatizados o de IA. También es muy positiva la mención expresa de un estudio de impacto multirriesgo para el sector público. Ello también podría haberse acompañado de la mención de sistemas de autorización previa, cuanto menos para los usos de mayor impacto.

Ciertamente desde aquí se han recordado las aportaciones que realizamos para la Carta tanto a nivel interno con el grupo de expertos,

(b), “asistencia personal” (c). Afirma como derecho la compartición de datos entre servicios (d) y el derecho a “Acogerse a los planes de “datos abiertos” (e), finalmente afirma un “uso gratuito de una plataforma digital única europea para el suministro de acceso a la información”. Por otra parte, el artículo 21 anuncia una regulación específica de los derechos garantizados en un proceso administrativo en forma electrónica.

como en la consulta pública. Muchas de ellas, por lo que hemos podido comprobar en la fase interna, tuvieron favorable acogida. Otras, han sido aquí recordadas por cuanto puedan inspirar futuros desarrollos en el ámbito de la transición digital del sector público, especialmente en razón del uso de sistemas algorítmicos.