

En torno al encuadre jurídico de la innovación tecnológica en relación con nuestros retos pendientes en innovación administrativa

Discussant a la ponencia de Julián Valero (Universidad de Murcia) presentada en el STEM de mayo de 2016 (Teoría del Derecho público, Universidad de Castilla la Mancha, campus de Toledo) sobre "Innovación tecnológica e innovación administrativa"

Andrés Boix Palop (Universitat de València – Estudi General)

Como la muy sugerente ponencia de Julián Valero pone de manifiesto desde un primer momento, el ordenamiento jurídico español cuenta ya con al menos dos décadas de experiencia a sus espaldas en todo aquello referido a la interacción del Derecho administrativo con las modernas tecnologías de la comunicación y con bastantes más si nos referimos al encuadramiento jurídico de las tecnologías de la información en materia de almacenamiento de datos y su tratamiento. De hecho, de que el fenómeno no puede caracterizarse estrictamente como "nuevo" da cuenta la propia Constitución española, que como es sabido se refiere ya desde 1978 al mismo en su artículo 18.4. Lo hace, además, estableciendo un mandato normativo bastante claro, en el sentido de exigir a la ley que *limite* el uso de la informática a fin de garantizar con ello el pleno ejercicio por parte de los ciudadanos de todos sus derechos -es importante destacar además que no se limita a referirse a los derechos fundamentales- y manifestando tempranamente la particular preocupación que, a estos efectos suscitan los efectos que puedan derivarse para algunos de estos derechos fundamentales (honor, intimidad personal y familiar). Sirva este recordatorio apresurado para plantear dos premisas de partida a partir de las cuales se van a desarrollar algunas de las reflexiones y comentarios a los planteamientos de Julián Valero que siguen: la primera de ellas es que la relación del Derecho público y en concreto del Derecho administrativo con las llamadas "nuevas tecnologías" de la información y de la comunicación no es ya tan nueva sino que lleva muchos años desarrollándose, por lo que es posible en estos momentos contar ya con sólidos indicios de cuáles son los problemas y riesgos no sólo presentes sino también futuros, así como los retos que plantea el necesario ajuste de aquél a éstas; la segunda, que este ajuste, en tanto que jurídico, no opera en el vacío sino que lo hace con base en un mandato constitucional que, con independencia de los desarrollos a los que ha dado lugar con posterioridad, algunos de gran virtuosismo -¡hasta hemos extraído un nuevo derecho fundamental de ese precepto, como es de todos conocido, en forma de "derecho a la autodeterminación informativa"!-, obliga a respetar una regla bastante sencilla que, la compartamos o no, es a día de hoy el Derecho vigente: le directriz que impone limitar los desarrollos de estas tecnologías siempre que se necesario para garantizar el pleno ejercicio de derechos por parte de los ciudadanos. Por otro lado, a nadie debería escapársele que con esta formulación de manera implícita, y a mi juicio muy acertadamente, el texto constituyente concibe la evolución tecnológica como potencialmente muy peligrosa para los derechos de los ciudadanos. Es éste otro punto sobre el que deberemos volver.

La razón por la que señalo estos dos factores a efectos de enmarcar este comentario, por muy obvios que puedan parecer y por ello de innecesaria expresión, es porque, sorprendentemente, ni el legislador ni la Administración pública española parecen particularmente preocupados por ellos. El tratamiento que la ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP) da desde sus orígenes a esta cuestión es llamativamente pobre, por no decir prácticamente inexistente. Algo que, paradójicamente, como desarrollaré más adelante, tenía efectos positivos a mi juicio, en la medida en que, aunque sea cierto que se le puede reprochar a su texto original carecer de la "perspectiva dinámica" a la que se refiere Julián Valero (p. 1), también lo es que las "pretensiones de amplitud en la regulación" de un precepto como el primigenio art. 45 LRJAP combinadas con reglas procedimentales

expresadas con independencia del canal de comunicación empleado permitían aceptar ciertas soluciones con un grado de flexibilidad que quizás la práctica legislativa posterior, más ceñida a la regulación en concreto del fenómeno, ha debilitado. Esto es particularmente cierto si nos referimos a regulaciones procedimentales tan paradigmáticas e icónicas como las de los artículos 38 LRJAP –registros- y 59 LRJAP –notificaciones-, que han sido modificadas reiteradamente tanto en las reformas más o menos profundas de nuestra norma de procedimiento administrativo (1999), como en aquellas específicamente orientadas a mejorar la capacidad de respuesta y asimilación de nuestra Administración pública frente a la cada vez mayor presencia de medios telemáticos (2001, 2007 y más recientemente, por separado esta vez, en 2011 y 2014). Aunque no podemos detenernos en analizar la metamorfosis que van sufriendo estos preceptos, sí hemos de constatar que en ese proceso los factores arriba señalados operan de un modo peculiar. Así, en 1999, en un momento en que las comunicaciones telemáticas ya están en pleno apogeo, y el empleo del e-mail o de la *www* totalmente a la orden del día, la importante reforma que sufre la LRJAP apenas si deja constancia del cambio, razón por la cual la norma ha de volver a modificarse en 2001. Sólo en 2007, con notable retraso sobre la realidad tecnológica -más o menos, siendo generosos con el legislador y la Administración españoles, de una década completa-, y cuando el empleo en las relaciones entre privados de estas tecnologías está totalmente integrado y asumido, se producirá el primer gran intento de *aggiornamento* de nuestro ordenamiento jurídico. La Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (LAE) supone, eso sí, un intento serio de, al menos, hacer frente al mandato constitucional de tratar de encauzar y limitar el uso de la informática de modo que no suponga mermas en la capacidad efectiva de los ciudadanos de hacer valer sus derechos. Otra cosa es que los resultados sean totalmente afortunados, por las razones que tendremos ocasión de desarrollar. Por último, y casi una década después, esta norma ha sido derogada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que, como es sabido, ha procedido a integrar su contenido en la regulación común del procedimiento administrativo. Las críticas por las insuficiencias de esta integración han sido generalizadas entre quienes han analizado la cuestión, en línea con las reflexiones de la ponencia principal. Conviene tener presente que, en definitiva, no estamos sino asistiendo a la misma dinámica de los años noventa, cuando se aprobaban normas de procedimiento que ignoraban la existencia y uso ya muy general, en el mismo momento en que se debatían parlamentariamente, de la web o el correo electrónico, sorprendentemente percibidas como exóticos instrumentos ajenos a todo razonable quehacer administrativo. En la actualidad, las normas de procedimiento debatidas parlamentariamente y finalmente aprobadas en 2015 vuelven a presentar al menos esa década de retraso por lo visto inevitable en nuestro país en esta materia y han optado por ignorar todas las posibilidades de mensajería instantánea, *apps* en dispositivos móviles, red social, posibilidad de intermediación digital entre terceros y demás avances cuyo uso está ya totalmente generalizado en casi todas las interacciones de los ciudadanos a todos los niveles, e incluso en ocasiones también ya en sus relaciones con las Administraciones públicas, pero respecto de las cuales nuestro moderno marco normativo ha preferido no darse por enterado, sin duda porque aún las considera poco “dignas” o “adecuadas”. Como expresa, generosamente, Julián Valero, no parece, en efecto, que la innovación tecnológica haya sido hasta la fecha precisamente “un objetivo muy presente en la mente del legislador” (p. 3) y resto de poderes públicos.

Este retraso, con todo, no es achacable sólo a los poderes públicos. Resulta sorprendente también, a mi juicio, la falta de adecuación al cambio social de los análisis predominantes en nuestro Derecho. Aunque sea éste un reproche que sería muy injusto realizar a la ponencia principal, pues justamente se aleja de esa tendencia dominante, sí que se refleja en ella, inevitablemente, el apego a ciertas categorías o conceptos de nuestra tradición jurídica dominante, así como la impronta de tradiciones jurídicas de las que nos sigue costando desprendernos doctrinalmente. La consecuencia más llamativa de todo ello es que tras más de dos décadas de estar instalados en una sociedad donde los mecanismos de transmisión de la información y las vías de comunicación han cambiado radicalmente, el procedimiento

administrativo español y la regulación de la actuación de los poderes públicos, tanto en sus relaciones entre sí como con los ciudadanos, siguen pareciéndose sospechosamente no ya siquiera a los de 1992 sino, incluso... ¡a los de 1958! Es imposible no pensar que algo está fallando cuando un modelo de procedimiento y garantías sustancialmente idéntico al de hace más de medio siglo creemos que puede subsistir con ajustes mínimos -y más de forma y referidos a las herramientas empleadas que sobre el fondo del mismo- en un entorno como el actual sin que ello suponga merma alguna del contenido material de las garantías y derechos del ciudadano en su posición respecto a los poderes públicos. Mi tesis, que trataré de exponer a continuación, es que al mantener este esquema con tan mínimos retoques estamos desconociendo el mandato constitucional y no embridando correctamente la acumulación de poder que de resultados de la evolución tecnológica está obteniendo la Administración pública. Y ello, increíblemente, sin darnos ni siquiera demasiada cuenta.

Básicamente, trataré de exponer las críticas que esta situación a mi juicio merece al hilo de algunas de las ideas que transmite Julián Valero, que sustancialmente comparto, pero yendo más allá en algunos casos a partir de la tesis ya enunciada. Lo haré articulando mis reflexiones en torno a tres bloques cuyas relaciones se entrecruzarán inevitablemente en no pocas ocasiones. El primero de ellos se refiere a la necesidad de asumir que el *código* fuente, el *código* informático, es *código* jurídico cuando disciplina la interacción de los ciudadanos con la Administración y como tal debe empezar a ser tratado. El segundo, a la importancia de ajustar derechos y garantías a la nueva situación social y tecnológica atendiendo a la real significación de esos derechos cuyo ejercicio el artículo 18.4 de la Constitución encarga al legislador proteger. Una tarea que ha sido hasta la fecha por lo general poco desarrollada por nuestro Derecho, tanto a nivel macro como a nivel micro. Por último, y en línea con la crítica general que realiza Julián Valero a la falta de verdadera *innovación jurídica* (p. 5), trataré de exponer hasta qué punto urge comenzar a considerar seriamente algunas implicaciones de las *innovaciones tecnológicas* que, más pronto que tarde, vamos a tener asumir como relevantes para el Derecho porque, si no lo hacemos, la tecnología nos las impondrá igualmente pero sin la debida criba jurídica para encauzarlas en la línea de lo deseable no sólo constitucionalmente sino también desde la perspectiva de la necesaria defensa de los derechos de los ciudadanos en un entorno que, si no realizamos este esfuerzo, corremos el riesgo de que acabe acrecentando ciertos perfiles autoritarios por los que la tecnología, al facilitar la concentración de un enorme poder en la Administración, facilita transitar.

I. El código fuente es código jurídico y como tal hay que tratarlo. En una de las primeras obras que trataron de forma moderna y global la enorme significación jurídica de los cambios que las nuevas tecnologías nos iban a deparar, la primera edición de *Code* (1999), del iuspublicista estadounidense Lawrence Lessig, se avanza desde sus primeras páginas una reflexión que el tiempo no ha hecho sino confirmar: estamos ya de lleno en una sociedad en la que, cada vez más, el verdadero alcance de los derechos de los ciudadanos va a depender en mayor medida de los códigos de programación a partir de los cuales se articula el funcionamiento de todo tipo de aplicaciones informáticas que de los mismísimos códigos jurídicos tradicionales que tanto veneramos los juristas. La afirmación puede parecer exagerada –o quizás exagerada... de momento- pero apunta en una dirección interesante, que la ponencia de Julián Valero también insinúa, pero que nuestro Derecho no acaba de asumir del todo: la programación de las tareas, por definición automatizadas, de mayor o menor complejidad, son un elemento consustancial al aprovechamiento de las tecnologías actualmente disponibles que, además, está llamado a ir a más en el futuro. De hecho, no sólo a ir a más sino a ser, y conviene tenerlo bien presente, la parte cuantitativamente más relevante de la acción administrativa del futuro. Un futuro que, ha de tenerse bien presente, está ya aquí en materia de automatización y programación de actividades supuestamente complejas y no sólo en actividades privadas sino en muchas donde hay bien una supervisión pública intensa o un directo protagonismo “prestacional” por parte de la propia Administración –conducción de

coches automatizada, drones que operan a partir de programación, trenes sin conductor, armas modernas que deciden cuándo activarse a partir de una programación previsamente determinada...- Sin desconocer el sentido que pueda tener analizar la cuestión en términos clásicos, tratando a toda costa de incluir estas actividades en algunas de las categorías jurídicas tradicionales de nuestro Derecho administrativo, más que nada porque a partir de ese trabajo pueden aparecer algunos de los elementos básicos que nos ayuden a delimitar los riesgos de estas actuaciones y cómo encuadrarlas acudiendo a referentes ya conocidos, parece sensato analizar, como hace la ponencia, e incluso con más radicalidad, el contenido material de esta actividad y los retos que plantea. Comparar un semáforo con una aeronave no tripulada que de forma automatizada determina cuándo pasa de meras funciones de vigilancia a activar su armamento es interesante, pero lo que no conviene perder de vista en ningún caso es que la actuación automatizada es, sobre todo y principalmente, reconducible a la categoría de “actuación”. Tanto más cuanto más inteligencia artificial haya implicada –y cada vez habrá más-. Así, probablemente, el estudio de las categorías clásicas es particularmente útil para mostrarnos su inutilidad hasta que no asumamos que hemos de, sencillamente, asumir que la inteligencia artificial es inteligencia a casi todos los efectos jurídicos y tratarla, en este caso sí, de un modo acorde a como tratamos a la inteligencia, digamos, “tradicional”.

Por la razón expuesta es por lo que es particularmente relevante, a su vez, asumir de una vez con todas las consecuencias que, como enunciábamos inicialmente, el *código fuente es código jurídico*. Lo es, de hecho, a todos los efectos. Lo es porque ese código delimita el efectivo marco de actuación de los particulares, marca los límites a sus derechos y genera una producción con efectos jurídicos que fácilmente podemos llamar “actividad administrativa” de forma automatizada a partir de esos parámetros previamente configurados, no tengo la más mínima duda de que estamos ante algo muy parecido a normas reglamentarias. Y lo es también porque es el reglamento que preordena los márgenes de la actuación de la *inteligencia artificial* que, más o menos modesta según los casos, ejecuta sus instrucciones, de un modo conceptualmente parangonable, de forma estricta además, a la actuación que nuestro Derecho presupone a una inteligencia humana convencional cuando ha de ejecutar una actuación administrativa normativamente enmarcada. Porque, como se ha dicho, el código fuente es, en efecto, código jurídico y como tal actúa. Ello no obstante, me parece mucho más significativo incidir no tanto en este aspecto, que soy consciente de que puede ser discutido y que a fin de cuentas, no deja de ser una discusión formalista y por ello con un interés relativo, como en la constatación de que no es necesario compartir este punto de partida para coincidir en que resulta absolutamente esencial que nuestro ordenamiento establezca unas garantías respecto de este tipo de “código” para garantizar la posición y derechos de los ciudadanos. Y resulta que, si analizamos con un mínimo de exigencia cuáles habrían de ser esas garantías, resulta que son estrictamente equivalentes a las que, más o menos, hemos ido decantando arduamente durante décadas como absolutamente necesarias en un Estado de Derecho para cualquier norma reglamentaria. Lo cual no es llamativo, pues, como se ha dicho, plantean materialmente los mismos problemas. Yendo un poco más allá en este punto de lo que sostiene Julián Valero en su trabajo, resulta a mi juicio de todo punto evidente que la trascendencia de esta programación y su carácter reglamentario en tanto que *código*, no sólo informático sino jurídico, obliga a algo más de lo que él defiende y, en concreto:

- Debiera obligar como mínimo a que todo proceso de elaboración de estos códigos se desarrollara de una manera estrictamente pautada, con información pública, participación ciudadana, y con respeto a una serie de reglas y procedimientos de elaboración para los mismos que aseguren su efectivo contraste y análisis profundo durante ese proceso de elaboración. Sólo de este modo puede lograrse que la producción de las normas que *de facto* van a gobernar cada vez más las relaciones interadministrativas y a enmarcar los derechos de los ciudadanos sean no sólo de la suficiente calidad técnica –pero también jurídica aunque estemos hablando aparentemente de la mera programación informática!-

sino que además pueda desarrollarse desde su origen un control adecuado sobre el funcionamiento de las aplicaciones y de los diversos sistemas automatizados.

- En lógica correspondencia con esta necesidad de control, y una vez aprobada, la programación correspondiente, y todo su código fuente, debieran ser siempre públicos –del mismo modo que lo son, y de nuevo aparece una evidente identidad de razón, las normas reglamentarias-. Todos los ciudadanos debieran poder conocer y revisar hasta el último detalle esta programación, al menos en todos aquellos casos y en la medida en que tenga que ver con el ejercicio de sus derechos, de modo que se pueda entender por cualquiera con los conocimientos y el tiempo necesarios el exacto funcionamiento del código y que se puedan desentrañar tanto los efectos del mismo como, en su caso, sus posibles fallas y defectos. Ninguna consideración de protección de propiedad intelectual o industrial, por otro lado, debiera poder oponerse a esta pretensión. De otro modo estaríamos aceptando una cierta “privatización” inadmisibles de algunas normas y de sus mecanismos de funcionamiento, algo que no porque tenga ciertos precedentes en nuestros Derechos –es el caso de algunas normas privadas que tienen efectos públicos y que no son enteramente públicas, lo que con razón ha sido denunciado como contrario a nuestro modelo de Estado de Derecho- deja de ser inquietante y que además en este caso cuenta con el agravante de que la complejidad de este tipo de programación la hace especialmente opaca al escrutinio individual por cada ciudadano –razón por la cual es si cabe más importante que éste pueda ser realizado de forma general y constante por toda la colectividad, pero en realidad, estas barreras de entrada, aunque de diverso tipo, tampoco son, de nuevo, muy diferentes a las que el común de los ciudadanos pueden experimentar respecto de la mayor parte de las normas reglamentarias: la diferencia es que aquí los “legos” somos los tradicionales chamanes que las controlábamos en el pasado: los juristas-.
- Además, esta programación, reforzando la idea de que estamos ante una realidad con una clara identidad de razón con cualquier norma reglamentaria, debiera poder ser cuestionada y analizada en cada supuesto aplicativo concreto, y tras la constatación en su caso de la existencia de defectos en la misma o de confirmarse que su funcionamiento limita o cercena derechos de los ciudadanos, debiera poder ser impugnada por ello, con independencia de cuándo hubiera sido aprobada. De nuevo vemos que, más allá de la cuestión puramente terminológica y conceptual, las garantías materiales por las que vela el establecimiento de la posibilidad de un procedimiento de recurso indirecto contra reglamentos tienen toda la lógica que sean aquí replicadas porque los problemas prácticos y riesgos concretos que puede suponer una programación informática fallida, un código fuente erróneo, son los mismos que los que supone un reglamento ilegal.
- En este sentido, por último, creo que ha de criticarse la posición defendida por la ponencia, compartida también por Esteve Pardo (2007), que califica de ilusoria la pretensión de controlar por medio del Derecho “cada uno de los detalles y aspectos concretos del funcionamiento de las aplicaciones informáticas y los sistemas de información” (p. 15 de la ponencia). Al menos, y en la medida en que nos refiramos a las aplicaciones y sistemas que está empleando la Administración pública, y más aún cuando se trata de las que ésta emplea en sus relaciones con los ciudadanos, esta aspiración no sólo no me parece ilusoria sino absolutamente esencial. Y con todo detalle y rigor, es decir, llegando a “todos los detalles y aspectos concretos”, sea el código propietario o no, razón por la cual, por cierto –y como desarrollaré más tarde, esta cuestión debiera ser reevaluada para garantizar la independencia de la Administración y su capacidad efectiva de hacer su labor-. En la medida en que, como se ha reiterado, estamos hablando de un *código* que es a la postre *código jurídico*, toda esta labor ha de ser completamente controlada y definida por la Administración pública, que es

además la responsable a todos los efectos de la misma. Y ello con independencia de que pueda ser externalizada, como recuerda Julián Valero, o de que normalmente sea realizada, en el mejor de los casos, por los servicios de informática de las respectivas administraciones públicas (p. 17). Esta tarea, por mucho que pueda requerir de una capacidad y especialización adicional, es indudablemente jurídica y ha de ser tratada como tal.

Por todas estas razones, no comparto la posición de Julián Valero cuando señala (p. 18) que estas programaciones han de ser aprobadas formalmente por la entidad pública que vaya a utilizarla “por ejemplo, a través de un acto administrativo, no siendo imprescindible una norma reglamentaria-, especialmente en aquellos supuestos en que su funcionamiento pueda afectar a los derechos y libertades de los ciudadanos”. Insistiendo en la necesidad de reconstruir las categorías y no pretender que haya de ser necesariamente posible una coincidencia exacta o una reconducción absoluta a conceptos surgidos para designar, sencillamente, otras realidades, podría decirse que no sólo es que sí deberían ser aprobados por medio de normas reglamentarias sino que debieran serlo *como normas reglamentarias* porque en la práctica y a efectos materiales es lo que son... o, al menos, debieran ser aprobadas con un sistema que garantice todos los mecanismos de participación, publicidad, control e impugnabilidad procesal propios de las normas reglamentarias, en la medida en que el *código fuente* plantea exactamente las mismas necesidades de control que el *código jurídico*, pues de aquél van a depender, exactamente en la misma medida que en el pasado dependían de éste, los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con los poderes públicos y su efectividad. Ésta es una reflexión que, por lo demás, no está tan alejada, entiendo, del espíritu que late en la ponencia, que por ejemplo reclama con toda la razón “un derecho por parte de los ciudadanos a obtener toda aquella información que permita la identificación de los medios y aplicaciones utilizadas, del órgano bajo cuyo control permanezca el funcionamiento de la aplicación o el sistema de información; debiendo incluir, asimismo, en su objeto no sólo el conocimiento del resultado de la aplicación o sistema informático que le afecte específicamente a su círculo de intereses sino, además y sobre todo, el origen de los datos empleados y la naturaleza y el alcance del tratamiento realizado, es decir, cómo el funcionamiento de aquéllos puede dar lugar a un determinado resultado” (p. 22).

La posición defendida, por lo demás, tiene muchas más implicaciones. Si la actividad referida es jurídica y responsabilidad de las Administraciones públicas en toda su extensión, ello supone que lo es a todos los efectos. Pero no me parece una conclusión ni mucho menos descabellada y, es más, se trata de la única orientación que permite afrontar los problemas futuros a que nos vamos a enfrentar de modo satisfactorio –pensemos en la responsabilidad administrativa y la acción automatizada de drones militares y cuáles serían los centros de imputación jurídica de admitir unas tesis u otras y comprenderemos con facilidad lo inaceptable de un análisis que partiera de otro punto de partida-. La asunción de lo cual, sin duda, complicará enormemente las cosas a muchos niveles y obligará a readaptar de modo mucho más profundo que lo realizado hasta la fecha nuestro Derecho público, pero generará efectos muy positivos a la hora de redefinir correctamente ciertas garantías jurídicas ahora puestas en cuestión por la imparable conversión tecnológica de nuestras Administraciones públicas y las capacidades que la misma le confiere.

II. La necesaria actualización del régimen de garantías para los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos... y para la protección de la propia independencia de la Administración pública respecto de terceros. Una de las más sorprendentes conclusiones a las que se llega cuando se analiza el empleo que viene haciendo la Administración pública española de las nuevas posibilidades que la tecnología le ofrece, visto el proceso de integración y modernización tecnológica con la perspectiva del tiempo, es que la muy comúnmente criticada falta de capacidad de nuestros poderes públicos para adaptarse al entorno digital no lo es tanto en cuanto a la tecnología empleada como en cuanto a su correcto encuadramiento jurídico a la luz del criterio enunciado tempranamente por el Tribunal

Constitucional. Es decir, a la Administración pública española le ha resultado históricamente mucho más sencillo ir adoptando las llamadas “nuevas” tecnologías, por muchas dificultades técnicas o económicas que ello le haya podido suponer, que adaptar ese nuevo paradigma a una eficaz protección y garantía de los derechos de los ciudadanos. Puede afirmarse, sin que me parezca particularmente osado decirlo, que dos décadas de esfuerzos en esta materia no han servido para ampliar sustancialmente los espacios de autodeterminación de los ciudadanos ni su capacidad de defensa frente a la acción pública sino, más bien, lo contrario. Ninguna de las novedades tecnológicas de los últimos años parece haber permitido, con la única, muy tardía y de momento modestísima excepción de las políticas de transparencia – sobre la que se podrían comentar muchas cosas, pero serían reiteración de lo expuesto por Julián Valero (pp. 21-22)-, empoderar a los ciudadanos en mayor medida de lo que lo estábamos antes de la transición digital. Es más, da la sensación de que todo el proceso de traslación de mecanismos de garantía se ha hecho, sistemáticamente, bien sin evaluar lo más mínimo las consecuencias de la innovación tecnológica sobre este particular, bien aprovechando la coyuntura para limar posibilidades de actuación y garantía de los ciudadanos mientras se concedían más esferas de poder y control a la Administración.

Señala acertadamente la ponencia, a mi juicio, que “el indiscutible protagonismo de la tecnología en los términos planteados puede conllevar el desfase del poder tuitivo que ha de corresponder al Derecho” (p.14). Pero da la sensación de que este “desfase” se concibe en el trabajo antes a la inversa, como si esa preocupación tuitiva pudiera suponer un freno, o lo estuviera suponiendo ya, al desarrollo de la innovación administrativa con base tecnológica de nuestras Administraciones públicas. Por mucho que Julián Valero acepta que hay supuestos donde puede haber una “especial incidencia invasiva de los tratamientos que plantea la innovación tecnológica” (p. 21), parece que en general considera que la aplicación de los instrumentos jurídicos al uso, las garantías tradicionales, combinadas con estas nuevas tecnologías, están contribuyendo a “una más satisfactoria protección” (p. 21). Y aunque se reconoce que existe no ya el riesgo sino la constatación efectiva de que “el mero establecimiento de principios generales termine por convertirse en una simple apariencia de garantía formal, tal y como ha venido sucediendo en esta materia ante la inexistencia de previsiones legales suficientemente disuasorias en el ámbito de las Administraciones Públicas” (p. 21), la conclusión general global del trabajo es más bien optimista y tiende a considerar, antes al contrario y a pesar de que hasta la fecha esa inexistencia de previsiones haya por lo general socavado garantías, que el principal riesgo que hemos de atender es la parálisis que podría derivarse de un posible exceso de celo: “es necesario superar las pretensiones de alzaprimar una distorsionada visión garantista articulada en la supuesta defensa del interés público desde parámetros desfasados por el actual desarrollo tecnológico, ya que únicamente se conseguiría privar a la Administración Pública de herramientas que pueden ayudarle a cumplir de manera más eficaz con su función constitucional” (p. 22), por lo que, y para ello, “los juristas debemos ofrecer nuestra colaboración para evitar que las garantías que suministra el Derecho terminen por convertirse en barreras arbitrarias y, por tanto, cuyo incumplimiento se incentive al frenar injustificadamente las posibilidades de innovación que brinda la tecnología” (p. 23). A mi juicio, estas afirmaciones obvian que los mayores riesgos a los que nos enfrentamos y enfrentaremos en el futuro son, antes al contrario, no los posibles frenos que una mala traducción jurídica de las necesidades tecnológicas puedan suponer, sino los derivados de una nula o incorrecta traslación de las garantías al entorno digital que desampare a los ciudadanos –en desconocimiento, por lo demás, del ya mencionado art. 18.4 CE-.

No hace falta incidir, entre otras cosas porque es la propia ponencia la que lo hace en varios de sus apartados, en el enorme poder que las tecnologías de la información y de la comunicación confieren a los poderes públicos. Se trata de un poder que, más allá del hecho de que está compartido con el que tienen otros grandes recopiladores privados de datos –que, por otro lado, y como hemos sabido recientemente, siempre como consecuencia de filtraciones que los poderes públicos han tratado de callar todo lo que han podido, comparten con mejor o peor

gana con los poderes públicos cuando éstos lo requieren porque tienen instrumentos de sobra para conminarles a ello- no tiene parangón en la Historia y que, además, está llamado a incrementarse más si cabe. Frente a esta situación, resulta complicado pensar que haya garantías excesivas en el modesto entramado de derechos que el marco jurídico tradicional nos proporcionaba para ser amparados frente a posibles excesos o meros errores de los humildes aparatos burocráticos de la era del papel. Todo juega, de hecho, en contra: la propia dinámica tecnológica y su complejidad, la necesidad de movilizar grandes recursos para entender algunos de los problemas a los que nos podemos enfrentar y ponerles freno, el hecho de que son las propias Administraciones públicas las encargadas de liderar este proceso... Gabriel Doménech, en un reciente trabajo sobre simplificación administrativa, exponía con apabullante claridad cómo el incremento de las posibilidades tecnológicas, su mejora y la mayor eficacia que indudablemente aportan a la acción administrativa no conduce a una reducción de trámites y a la simplificación sino, lógica y necesariamente, al resultado contrario. Siendo todo lo demás igual, y para lograr unos determinados objetivos, si el “coste” de la tecnología que puede maximizar la consecución de ciertos objetivos se reduce y los resultados que garantiza se incrementan incrementando su uso, el punto de equilibrio tiende a desplazarse de modo automático y natural en una dirección muy concreta. Esta explicación teórica se corresponde, por lo demás, y milimétricamente, con lo que empíricamente podemos constatar que un ordenamiento jurídico como el español –y no sólo el español, por supuesto- ha experimentado en los últimos años: a medida que la tecnología permite hacer más cosas los procedimientos no se simplifican sino que se complican y afinan más; conforme la tramitación de documentos es más sencilla, se piden más y no menos; a partir del momento en que requerir y recibir información se simplifica, la tendencia será a incrementar la interacción, por nimia que fuera en origen; y si las facilidades de almacenar datos son mayores y las condiciones para su manejo mejores, la tendencia natural de la Administración será a acumular muchos más que antaño que antaño... y a usarlos para cada vez más cosas. La previsible y –es importante tenerlo en cuenta- inevitable evolución tecnológica, pues, está llamada a seguir presionando en esta dirección mientras no haya una reevaluación de los puntos óptimos de equilibrio y se le impongan frenos externos. Caso contrario, la tendencia está ya marcada y es inevitable que continúe en esa misma dirección. El riesgo de conformar así un modelo de control de las actividades privadas muy poco liberal es, por ello, indudable. Sólo un replanteamiento adaptado a las nuevas circunstancias del sentido de las garantías tradicionales puede garantizar la aparición de ciertos frenos. Este planteamiento ha de ser necesariamente jurídico y establecer un balance a partir de la reevaluación de qué haya de significar esa defensa de los derechos de los ciudadanos y su efectiva garantía, en la línea de lo señalado por el Tribunal Constitucional. Se trata de una labor jurídica que ni la sociedad ni los juristas estamos haciendo –sorprendentemente, la están haciendo mucho más científicos y “tecnólogos” varios-.

De hecho, la experiencia ya acumulada demuestra hasta qué punto las garantías tradicionales, al menos por el momento, los juristas sólo hemos sido capaces de trasladarlas poco y mal. Y ello hasta en los ejemplos más nimios y cuestiones más sencillas de resolver, como las meramente burocrático-procedimentales. Los derechos reconocidos en códigos jurídicos, si son desconocidos por los códigos electrónicos que teóricamente deben respetarlos –lo que ocurre muy frecuentemente, como cualquier usuario de servicios electrónicos ha experimentado en numerosas ocasiones- tienen las de perder en no pocas ocasiones porque, por mucha razón jurídica que se tenga, prima el código informático. La complejidad técnica del proceso, las dificultades del recurso, su aparente insignificancia en ocasiones –que hace que se consideren en ocasiones problemas no merecedores de respuesta jurídica-, la preeminencia que otorga a la Administración gobernar todo proceso con el agravante de que el hecho de hacerlo a distancia veda cierta capacidad de queja, protesta e interacción que conduzca a la rectificación, conducen sistemáticamente a este resultado. Frente a situaciones de esta índole, una plataforma electrónica que no permita lo que la norma de procedimiento sí ampara, ya sea realizar alegaciones, aportar documentación o simplemente presentar una solicitud sin que todo lo requerido se entregue a la Administración desde el primer momento, es más eficaz

tratar de “troleear” al sistema que busca respuesta jurídicas. Esto es, tratar de responder con esquemas propios del *código fuente* antes que con esquemas propios del *código jurídico*.

Desde los casos más nimios a los más relevantes, una constante se ha impuesto, por lo demás, siempre que hasta la fecha se han reevaluado las garantías jurídicas de los ciudadanos y la posición del administrado: la mejora de la posición relativa de la Administración pública en sus relaciones con los ciudadanos es siempre el resultado final. Y ello es así, como ya se ha dicho, desde en las cuestiones más de fondo (posibilidades de interconexión cada vez más generosas y con menos exigencias, acumulación de datos incrementada, generosísimo tratamiento de su reutilización, sistemas de decisión menos controlados y más opacos) hasta otras que pueden ser consideradas como más nimias –que no lo son- pero que tienen la ventaja de ser más visibles. Piénsese, a estos efectos y a título ejemplificativo-simbólico, en la reinterpretación que, norma tras norma, reforma legal tras reforma legal, ha sufrido el tradicional entendimiento de que la notificación, según el art. 59.1 LRJAP, todavía vigente, se consideraba válida si practicada por “cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado”. Esta previsión, como se ha dicho todavía en vigor, ha acompañado en España toda la peculiar y procelosa vida del correo electrónico como posible instrumento para practicar notificaciones. De su enunciado general, y con una comprensión no más amplia o generosa de lo que significa tener seguridad sobre la fecha, identidad y contenido del acto notificado de la que era y es habitual cuando se hacía y se hace aún una notificación postal “tradicional”, era fácilmente entendible que un correo electrónico con acuse de recibo era un medio perfectamente óptimo como instrumento para ser notificado cuando el ciudadano designaba éste medio como preferente –o posible, o meramente aceptado- para recibir notificaciones. Una vacilante jurisprudencia así lo reconoció en ocasiones, pero paradójicamente la evolución normativa, tanto en leyes como la LAE como en todo tipo de normas reglamentarias de distintas Administraciones Públicas, y del mismo modo en la futura ley 39/2015, acabaron, sin necesidad de excluir necesariamente y en todos los casos la posible eficacia de la cláusula general, por dejar claro que no consideraban que el correo electrónico cumpliera con ella y estableciendo un alambicado sistema de “puesta a disposición” en servidores de la propia Administración de las notificaciones correspondientes. Todo ello ha derivado en unos preceptos, como sabemos todavía no en vigor, de la ley 39/2015 que apuestan decididamente por este sistema de “comparecencia” (art. 43) y sólo contemplan como posible alternativa la “dirección electrónica habilitada única”. La razón invocada que justifica esta evolución, como es sabido, es la seguridad jurídica y, supuestamente, una mejor protección de los intereses de los ciudadanos y sus derechos.

La artificiosidad del argumento, y el mejor indicio de que en realidad asistimos más bien a otra cosa, es patente si tenemos en cuenta que la dirección electrónica habilitada única es un instrumento técnicamente complejo, como ocurre por lo demás con la firma electrónica verificada, y no está disponible en la práctica para el común de los ciudadanos, que se ven pues reconducidos necesariamente, “por seguridad jurídica y para velar por las garantías de sus derechos”, al sistema de comparecencia. Un sistema aparentemente muy respetuoso con el administrado y que busca evitar los posibles riesgos del empleo del correo electrónico pero que, a la postre, y para informar a los ciudadanos de que han de comparecer para ser notificados... ¡recurre al correo electrónico! Este dato, más el hecho de que el régimen jurídico de las notificaciones electrónicas, cuando éstas sean obligatorias –lo que cada vez es más frecuente y la norma permite desde la LAE de 2007 con creciente liberalidad-, se consideran rechazadas y por tanto jurídicamente se dan realizadas si tras 10 días de puesta a disposición no se ha accedido a la misma, dejan bien a las claras la verdadera intención del régimen legal. No se trata de garantizar que el ciudadano acceda al contenido de la comunicación y sea efectivamente notificado, ni de procurar que en la medida de lo posible estas comunicaciones se lleven a cabo de manera fructuosa. Si así fuera habría una preocupación real por garantizar la efectiva puesta en conocimiento de la actuación administrativa por parte de los interesados empleando cualquiera de los muchísimos medios existentes en la actualidad y perfectamente

adaptados a las exigencias genéricas del antiguo 59.1 LRJAP y que además son ya de uso cotidiano y generalizado por parte de casi todos -¡si incluso todos los sistemas de mensajería instantánea en dispositivos móviles estilo *whatsapp* tienen sus famosos sistemas “doble-check” que permiten confirmar la recepción de los mensajes!- en lugar de tender a excluirlos y establecer un régimen que pasa por muy garantista pero que, entre otras cosas, imposibilita una eficaz y real puesta en conocimiento del ciudadano de que ha sido contactado, razón por la cual hay que recurrir al correo electrónico para ello, aunque éste no se considera un medio apto para realizar notificaciones. Se trata de un enredo kafkiano que pone de manifiesto, como por ejemplo ha ocurrido también con la compleja y tardía asunción por nuestro legislador y las Administraciones públicas de que “firma electrónica” podían ser muchas y muy diversas maneras de identificarse, o como ha ocurrido con la regulación de la representación en el procedimiento administrativo electrónico, donde se ha puesto de manifiesto sin rubor hasta qué punto las supuestas garantías que tanto se ha preocupado nuestro Derecho de, supuestamente, construir no son, en la práctica, más que coartadas argumentativas que esconden la búsqueda y consolidación de situaciones de privilegio de la Administración, que consolida mecanismos de comunicación que le resultan, simplemente, mucho más cómodos y seguros exclusivamente a ella. Luce por su ausencia, por el contrario, la genuina preocupación por adaptar tecnológicamente el procedimiento administrativo a su verdadera razón de ser, y ello por una mezcla de comodidad, desconfianza y la tendencia de la Administración a ganar espacios cuando se han de instaurar nuevos procedimientos o formas de actuar. Por supuesto, y como señala Julián Valero, tampoco encontramos por ninguna parte el empleo de mecanismos de diferenciación y personalización (p. 13) a pesar de la facilidad que dan las modernas capacidades tecnológicas de nuestras Administraciones públicas para hacerlo. Así, por ejemplo, ni siquiera se acostumbra a entender como posible la diferenciación “a demanda” (déjeme que en mi caso el correo electrónico sí sea canal válido de notificaciones, o un servicio de mensajería en un teléfono móvil, dado que es técnicamente posible y en mi caso lo más eficaz), ni siquiera con la carga de que sean esos ciudadanos los que deban arrostrar déficits que puedan demostrarse meramente accidentales derivados de las posibles consecuencias de los problemas que puedan surgir achacables al canal de comunicación elegido.

Como decía anteriormente, puede considerarse que estos ejemplos, referidos únicamente a la dinámica procedimental, son poco relevantes y que a fin de cuentas tratan de una cuestión “menor”. Sin embargo, idéntica rigidez conceptual, falta de espíritu aperturista y ausencia de reevaluación global de cómo ha de afrontar la innovación tecnológica la Administración pública aparecen cuando nos enfrentamos a cuestiones más de fondo. E idéntica es también, también en esos casos, la dinámica explicativa que enhebra la situación: con este inmovilismo y reevaluación pacata se acaba logrando sistemáticamente la consolidación de nuevas situaciones de poder frente a los ciudadanos, cada vez más capitidisminuidos jurídicamente frente una Administración crecientemente más inmune y acaparadora de todo tipo de poderes sometidos a muy escaso control efectivo.

Así, por ejemplo, es muy llamativo cómo se ha abandonado desde hace años cualquier tipo de exigencia *real* en materia de neutralidad tecnológica o de interoperatividad, a pesar de las enfáticas proclamaciones que en su día hizo la LAE, que han sido sistemáticamente consideradas como *flatus vocis* jurídicos por la mayoría de los operadores jurídicos y, por supuesto, por la propia Administración pública. La regla que se ha impuesto, y de ella son fiel reflejo todas las referencias a la interoperabilidad que contiene la ley 39/2015 (las referencias a la neutralidad tecnológica, signo de los tiempos, directamente han desaparecido), se puede resumir en que la Administración pasa a estar legalmente obligada a garantizar en todo caso la interoperabilidad que ella misma disponga reglamentariamente. No hace falta incidir en la importancia de esta cuestión (lo hace la ponencia en p. 10; lo han hecho otros muchos juristas...), por lo que resulta llamativo el abandono de casi toda exigencia por parte de los operadores jurídicos, manifiestamente derrotados por la contumacia con la que la Administración pública española ha dejado claro en todas y cada una de las ocasiones en que

se ha visto forzada a hacerlo que las obligaciones jurídicas que se deducen de todas las previsiones normativas en esta materia tienden a cero. Idénticas consideraciones han de merecer ya a estas alturas todas las reglas destinadas al tratamiento que nuestro Derecho da para paliar la “brecha digital”, situación que en la práctica se da por asumida y se confía en resolver con la buena voluntad de las administraciones presenciales... cuando éstas existan y poco más. Por supuesto, los esfuerzos para obligar al poder a emplear las interfaces y mecanismos que el común de la población sí entiende y emplea masivamente –de nuevo, *apps*, dispositivos móviles- brillan por su ausencia. La comodidad y seguridad de las Administraciones públicas prima por encima de cualquier otra consideración, aunque sea a costa de un número creciente de ciudadanos. Por último, y en lo que es una cuestión más o menos vinculada a las anteriores, también ha desaparecido en apenas una década toda preocupación por la independencia tecnológica de poderes públicos y ciudadanos. Ante este panorama, no tiene mucho sentido ni siquiera preocuparse excesivamente por recoger las reivindicaciones de planteamientos más ambiciosos, en la línea de los que Richard Stallman, uno de los grandes apologetas del *software* libre, viene haciendo desde hace ya dos décadas. Sencillamente, el Derecho español orbita en unas coordenadas radicalmente diferentes, propias de un modelo tendencialmente autoritario e irresponsable donde consideraciones cortoplacistas de eficacia y la asunción de la tecnología a medida que se va imponiendo si mayor criba crítica ni análisis de sus consecuencias prima frente a los derechos de los ciudadanos y cualquier otra consideración.

No es de extrañar por ello que ni siquiera las preocupaciones en relación a la garantía de la propia seguridad o independencia del armazón y esqueleto básico de la misma actividad de nuestros poderes públicos, que cada vez más va a estar íntimamente ligada a esa programación y codificación crecientemente más informáticas que jurídicas, preocupe tampoco lo más mínimo. Es manifiesta la temeridad de este comportamiento, de la que la ponencia es muy consciente (la preocupación por esta seguridad enhebra muchas de las consideraciones del texto; p. 11, p. 19, p. 20) y por ello resulta tanto más llamativa la ausencia de conexión de estas consideraciones con la necesidad de una garantía pública de neutralidad e independencia respecto de la gestión de los asuntos públicos.

A mi juicio, de este panorama se deduce una conclusión que no coincide con la de Julián Valero. No creo que estemos logrando ese “adecuado equilibrio entre las mayores posibilidades de eficacia que ofrece la tecnología y el pleno respeto a los derechos de los ciudadanos” ni, sobre todo, esos “estándares equivalentes a los que han venido configurando tradicionalmente la posición jurídica del ciudadano cuando se relaciona de forma presencial” (p. 14). Antes al contrario, la transición tecnológica a que se está enfrentando nuestra Administración nos devuelve a unos poderes públicos con cada vez más control sobre los procedimientos, más rígidos en la tramitación de los mismos, menos transparentes sobre la forma en que éstos se desarrollan, con mucha más información sobre los ciudadanos y muy pocas reglas que disciplinen cómo han de usarla y con una enorme capacidad discrecional, más allá de las normas de procedimiento, para establecer cómo comunicarse e interactuar con unos ciudadanos tratados de forma distante, con poca preocupación respecto de sus circunstancias personales, nulo interés por facilitarles la interacción con la Administración y ninguna obligación de ocuparse materialmente siquiera de que los papeles lleguen a sus destinatarios, o simplemente de que las notificaciones efectivamente sean recibidas por sus destinatarios...

Paradójicamente, esta situación ni siquiera responde a un diseño consciente por parte de nuestros poderes públicos que, guiados por su voluntad de incrementar la capacidad del aparato burocrático de la Administración de instrumentar un neo-autoritarismo *light*, hubieran ido perfeccionando el sistema mencionado. Es más bien el triste resultado de inercias, falta de reflexión y de reevaluación profunda... y de una pavorosa usencia de originalidad y de capacidad innovativa *de nuestros juristas*, certeramente denunciada por la ponencia (p. 5) que conduce a que los avances tecnológicos las más de las veces se acaben imponiendo por sí

mismos, por su propia potencia transformadora, pero sin una reflexión sobre su utilidad, posibilidades y riesgos y, como consecuencia de ello, sin ningún encuadre jurídico –y menos aún con un encuadre coherente con los postulados constitucionales en la materia, pues quien no puede lo menos, difícilmente puede lo más-. Hay que señalar, por último, que esta dinámica no sólo es previsible que se consolide sino que, lo que resulta más inquietante, puede acentuarse, dado que nos quedan muchas transformaciones tecnológicas por ver y éstas se van a suceder a un ritmo previsiblemente cada vez más vertiginoso. Habría que exigir a nuestras Administraciones públicas una mayor dinámica innovativa para, conscientes de las posibilidades que se abren, actuar con pleno conocimiento de cuáles sobre los objetivos que se pretenden lograr y las cautelas y riesgos que hay que considerar y enmarcar de una vez por todos jurídicamente estos procesos con plena consciencia de lo que se está haciendo.

III. La innovación que viene. Esta ausencia de reflexión sobre el significado y las consecuencias de la imparable evolución tecnológica ya producida y por venir tiene consecuencias de muy diverso tipo. Algunas, como las ya mencionadas y por mucho que involuntarias, nos conducen a ese atropellado incremento del control sobre los ciudadanos de corte autoritario ya referido. Otras, como las comentadas en la ponencia principal en materia de no aprovechamiento de las posibilidades de desarrollo existentes, son también muy evidentes. Las alternativas de mejora son numerosas y variadas y prácticamente, dada la penosa situación actual, casi cualquier pequeño avance es susceptible de ser significativo. Van desde la apuesta por una gestión mucho más imaginativa, incluso sin necesidad de introducir inteligencia artificial en la programación, de las interacciones procedimentales a el inicio de un análisis jurídico que nos lleve a una mucho más flexible utilización de soportes, por ejemplo, pero también habríamos de mirar un poco más a largo plazo para ir asumiendo que, además, nos esperan transformaciones de mucho más calado.

Así, y por referir muy sintéticamente algún caso de los señalados en primer lugar, los problemas con las solicitudes en las que faltan datos o información podrían gestionarse aprovechando de modo muy sencillo la tecnología ya disponible simplemente asumiendo vías más imaginativas y de una manera a la vez más garantista -permitiendo su presentación, a diferencia de lo que es habitual en no pocas ocasiones en España en estos momentos- pero adicionalmente de un modo mucho más eficiente para la Administración simplemente automatizando una notificación automática junto al acuse de recibo que haría que el ciudadano fuera inmediatamente requerido para presentar la documentación que falta, lo que además agilizaría enormemente muchos procedimientos, por ejemplo los de concurrencia competitiva. Estos ajustes menores requieren sólo de imaginación y de una conjugación inteligente de los códigos jurídico e informático por parte de los responsables de los órganos administrativos, de quienes diseñan las normas reglamentarias y del legislador. Los ejemplos podrían multiplicarse y de hecho a buen seguro hay ya numerosas experiencias por ahí donde individualmente estas u otras mejoras equivalentes, sencillas y derivadas simplemente de entender de un modo abierto y moderno la efectiva completa *integración de ambos códigos* están siendo ya aplicadas y experimentadas.

También son múltiples los casos en los que simplemente una mayor flexibilidad permitiría meras modernizaciones (en la terminología de Julián Valero) que de forma muy natural llevarían con el tiempo (siguiendo esa misma terminología) a verdaderas innovaciones. Ya se ha hecho referencia a la perplejidad que genera que sistemas de comunicación absolutamente sólitos y usados masivamente por la ciudadanía para actividades tanto de ocio como mercantiles con total naturalidad y un grado de fiabilidad y trazabilidad enorme sean considerados poco apropiados para las comunicaciones entre la Administración pública y los ciudadanos. Ello provoca que muchos de los canales empleados habitualmente en la actualidad en la sociedad por sus evidentes ventajas competitivas estén absurdamente vedados en la esfera pública. Como consecuencia de ello, también las *innovaciones* que de

forma muy natural se producen en el mundo privado facilitadas por estos instrumentos – piénsese en la explosión de utilidades empresariales asociadas a estas nuevas tecnologías-, por ello, no aparecen o tardan mucho más en trasladarse a la esfera pública –donde el campo de actuación es, sencillamente enorme-.

Más allá de estas realidades, ya presentes y desaprovechadas, tenemos también, como he comentado antes, suficiente experiencia y perspectiva acumulada como para intuir además por dónde se van a orientar algunas de las novedades y evoluciones futuras que están llamadas a marcar innovaciones jurídico-administrativas inevitables. Parece claro que, al menos, hay tres que ya están totalmente incoadas y respecto de las que el Derecho debería comenzar a reflexionar con cierta urgencia para no ser arrollado por los acontecimientos como ha venido ocurriendo hasta la fecha: el desarrollo de inteligencia artificial homologable o prácticamente homologable a efectos prácticos a la humana; la generalización de las redes sociales y de la participación de sujetos privados intermediando, con las todas las posibilidades que ello conlleva; y la transformación de fondo de la forma de actuar de la Administración y de los poderes públicos en general que se va a producir inevitablemente -de hecho, se está produciendo ya- como consecuencia del radical incremento de la capacidad de computación y cálculo disponible:

- La inteligencia artificial, tras los primeros desarrollos posteriores a la segunda guerra mundial y las teorizaciones subsiguientes, ha tardado muchos más años de lo previsto en madurar. Sin embargo, y en estos momentos, los especialistas en este campo consideran que el desarrollo de inteligencias equivalentes a la humana es cuestión de apenas unas décadas, con todo lo que ello supone. Pero no es necesario llegar a ese punto para que la inteligencia artificial pueda transformar profundamente la interacción entre los códigos fuente y jurídico. De hecho, en tanto que la inteligencia artificial es una inteligencia “programada”, estos desarrollos permiten una normativización de pautas decisionales que, de nuevo, se asemejan a la reglamentación externa de las mismas por lo que, como ya hemos señalado, así debiera asumirse –y reinterpretarse toda la realidad pasada de automatización, que no responde sino a esta misma idea, sólo que en una menor medida. Si se asume la completa y absoluta juridicidad de esta programación, muchos de los impedimentos que se aducen para oponerse a consentir avances en esta dirección, a mi juicio, desaparecen de manera muy sencilla y natural. Por otro lado, conviene destacar cómo si esta programación es relizada con las garantías que comentábamos en el primero de nuestros apartados, esta profundización redundaría en un incremento de las garantías y de la seguridad jurídica. Con todo, ello sólo sería posible y deseable si se lograra esa normativización antes referida, entre otras cosas como mecanismo imprescindible de control y garantía.
- Menciona Julián Valero la creciente importancia de las redes sociales y de los intermediarios, mercantiles o colaborativos, como difusores de la información y, por ello, colaboradores de la Administración pública al menos en estas tareas. Una cuestión interesante es considerar si este papel ha de limitarse a la mera difusión de información, porque ni la tecnología ni el “código jurídico” permiten otra cosa de momento o si, por el contrario, es concebible que en el futuro estas actuaciones puedan extenderse a otros ámbitos, cuando ambos códigos –o quizás únicamente el código fuente, y con independencia de cómo se adapte el jurídico- lo permitan. De hecho, es algo que ya está pasando, en la medida en que cierto control tecnológico ha quedado en manos de agentes privados a los que la Administración ha de recurrir para desarrollar funciones públicas. Derivado de este hecho, algunas funciones naturalmente públicas se han desplazado naturalmente a estos agentes privados. Aunque los ejemplos son muchos, por sus múltiples implicaciones es interesante el caso, por ejemplo, de lo que ocurre con *Google* cuando disciplina a terceros en materia de “derecho al olvido” y ha de decidir, en lo que es un ejercicio de poder típicamente

público, qué ha de ser socialmente recordado y qué no –por mucho que en esta labor pueda ser fiscalizado *a posteriori* por la Administración y los tribunales-. Esta situación nos obliga a plantearnos hasta qué punto el control sobre la tecnología está llamado a redefinir algunas funciones públicas o, simplemente, a desplazarlas a otros actores con unos poderes públicos que sólo responderán de manera mediata sobre las mismas. También debiera llevarnos a considerar urgente y perentorio definir cuáles habrán de ser los desarrollos tecnológicos estratégicos que, por su importancia pública, debieran quedar en todo caso en manos del Estado, so pena de que si ello no se produce lo que acabe en manos privadas sea no sólo la tecnología sino la efectiva capacidad de actuar sobre los intereses públicos.

- Por último, me parece que es esencial analizar cómo la innovación administrativa de cara al futuro va a estar totalmente condicionada por la previsible evolución del desarrollo tecnológico en materia de cálculo y computación. No sólo la mayor potencia cuantitativa sino incluso las transformaciones cualitativas asociadas a la computación cuántica están llamadas a incrementar más si cabe las capacidades públicas –o de quien disponga de esta capacidad tecnológica- de control derivadas de unas posibilidades de captación, almacenamiento, procesamiento y análisis de la información a día de hoy difíciles de ponderar. Cuando ello se produzca, algunas de las transformaciones que ya estamos presenciando se van a agudizar. Si el propio papel de la ley se verá transformado, como ya lo está siendo, el resto de poderes públicos y también la Administración están llamados a acabar actuando de una manera radicalmente distinta a la que ahora conocemos. Más eficaz, sin duda, pero también menos dependiente del esquema lógico-deductivo con el que nuestro ordenamiento está acostumbrado a trabajar. Hemos de comenzar a asumir por ello que muchas de las pautas de determinación de consecuencias jurídicas o de identificación de irregularidades van a depender cada vez menos de una programación ordenada con criterios exhaustivos y se van a fundamentar crecientemente en aproximaciones probabilísticas tremendamente precisas pero que no por ello dejarán de serlo. Es algo que ya ocurre, pero acotadamente, y va a ir a más y ganar espacios –de determinar qué inspeccionar a si hay infracción, o de determinar los indicios de que hay una vivienda vacía que requiere de una inspección a ahorrar este paso, o de determinar los niveles de plagio de un trabajo a directamente su calificación...-. Esta situación obliga a ponderar su conveniencia y corrección a muchos niveles, a plantear si, por ejemplo, sería aceptable sancionar a partir de este tipo de “procedimientos”, o si el código fuente ha de poder tener también esa capacidad, si la programación así lo prevé y la inteligencia artificial lo permite. El paso del modelo de “estandarización weberiana de base burocrática” que supuestamente permite idealmente garantizar que cada actuación sea impecable –siempre y cuando todo haya ido bien, claro- a uno que podríamos calificar de “identificación booleana de base computacional” en el que se asume que la actuación puede, aun siendo impecable en la ejecución del código, errar –aunque lo será sólo en un porcentaje ínfimo de casos, por lo que el resultado global es, si no positivo, sí al menos “eficiente”- obliga a una reflexión muy profunda respecto de hacia dónde queremos evolucionar nuestro Derecho. O más, bien, de cómo lo evolucionamos a la hora de garantizar derechos y posiciones jurídicas cuando esta realidad se imponga, que lo hará. Porque en ese momento resultará creo que imprescindible, ahora sí, por fin y sin excusas, modificar el paradigma jurídico con el que funciona el ejercicio del poder público. La ponencia de Julián Valero habla de algo parecido (p. 6) pero creo que sin poner de manifiesto ni todos los riesgos inherentes a estos cambios ni el hecho de que en ese contexto sí que urge esa reconsideración a la que me refería antes de necesaria actualización de las garantías jurídicas so pena de acabar padeciendo todas las consecuencias negativas de esa pendiente autoritaria si no se realiza. Se trata de riesgos o, si se quiere expresarlo en positivo, de retos. Porque es cierto que quizás muchos de ellos no sean a la postre, también, sino la demostración de que algunos de nuestros tradicionales esquemas jurídicos no funcionaban tan bien

com creíamos, ni eran tan eficaces para defender los derechos de los ciudadanos, ni en definitiva nos contaban del todo la verdad sobre el ejercicio real del poder público. En todo caso, sean más riesgos que retos o viceversa, lo cierto es que deberíamos ponernos ya a trabajar en esa dirección, dado que llevamos cierto retraso. La ponencia principal de este seminario a cargo de Julián Valero es, sin duda, un excelente ejemplo de cómo empezar a transitar en esa dirección.