

Reseña del libro “El Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea de 2024, el derecho a una buena administración digital y su control judicial en España” de Juli Ponce Solé

Federico Orlando

Formato de cita recomendado

Federico Orlando, “Reseña del libro 'El Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea de 2024, el derecho a una buena administración digital y su control judicial en España' de Juli Ponce Solé”, Revista Argentina de Teoría Jurídica 25 2 (2025)

Para más trabajos publicados en la Revista Argentina de Teoría Jurídica acceda a revistajuridica.utdt.edu

Este artículo está disponible gratis y de forma pública por la Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella. Para más información, por favor contactarse con ratj@utdt.edu

Reseña del libro “El Reglamento de la Inteligencia Artificial de la Unión Europea del año 2024, el derecho a una buena administración digital y su control judicial en España” de Juli Ponce Solé

Federico Orlando [†]

En un contexto en el que los sistemas jurídicos latinoamericanos buscan consolidar su desarrollo normativo en diálogo con experiencias internacionales, la reciente aparición de “El Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea de 2024, el derecho a una buena administración digital y su control judicial en España”, de Juli Ponce Solé, es una excelente novedad editorial. La obra del autor español se inscribe en una tradición de análisis jurídico profundo y comparado, en la que el estudio de la regulación europea no se concibe como un fenómeno aislado, sino como un punto de referencia para comprender y proyectar posibles desarrollos en otras latitudes. En este sentido, la publicación de este libro no solo enriquece el acervo doctrinario europeo, sino que también ofrece claves interpretativas valiosas para los juristas latinoamericanos.

1.- Tres razones para el/la lector/a latinoamericanx

La primera de las razones por las cuales la lectura de este libro es especialmente pertinente para lxs juristas en LATAM está referida a ciertas peculiaridades del autor. Ampliamente leído y estudiado en el mundo europeo, Juli Ponce Solé es un teórico español -catalán- que posee dos rasgos especialmente interesantes para el derecho público latinoamericano. Por un lado, el autor tiene lo que identificaría como “la mixtura de las tradiciones teóricas”. Si bien Ponce Solé, como catedrático español, se formó principalmente en la tradición del Derecho Administrativo continental, sus experiencias académicas en el exterior¹ y los abordajes de sus trabajos teóricos más recientes² evidencian un fuerte vínculo con la tradición del *common law*. Recordemos que el derecho público estadounidense, especialmente el derecho administrativo y constitucional, ha sido y es un insumo de suma relevancia para las comunidades jurídicas de Latinoamérica. Sólo

[†] Abogado graduado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad de Palermo.

¹ Entre ellas, cabe mencionar sus estudios en la Escuela de Leyes de Harvard y su desempeño como profesor visitante en la Universidades estadounidenses de Denver, Nova Southeastern, Tulane, Georgia State y en la inglesa de Sheffield.

² Tales como aquellos referidos al cruce entre las ciencias del comportamiento y el derecho administrativo tomando como punto de referencia la noción de los nudges -en España conocidos como “acicates”-, o bien su teoría de la discrecionalidad administrativa -sobre la que luego volveré- que da cuenta de los desarrollos y avances de la doctrina estadounidense y de la práctica jurisprudencial al respecto de la SCOTUS.

como ejemplo, especialmente relevante en el marco de esta reseña, pensemos en cómo la doctrina de la deferencia a las agencias administrativas establecida en el caso “*Chevron*” y ahora modificada por el reciente caso *Loper Bright* ha sido considerada en la jurisprudencia y en estudios académicos en países como Argentina y Brasil para analizar los alcances y la intensidad del control judicial sobre la discrecionalidad administrativa. Por otro lado, Ponce Solé posee una segunda cualidad que lo torna un autor ineludible para el derecho administrativo latinoamericano: su pretensión disruptiva. Me explico: apenas leer la vasta bibliografía del profesor catalán, podremos advertir que se trata de un impulsor entusiasta de marcos teóricos novedosos para el derecho público de estas latitudes. Pienso, en particular, en su incansable pretensión de expandir los límites epistémicos y sustantivos del derecho administrativo para lograr hacer de éste no sólo un instrumento de defensa del administrado, sino -y diría que sobre todo- un instrumento de gobierno eficaz y eficiente. Y esto parece un punto que la comunidad latinoamericana no debería dejar de lado: la necesidad de repensar el edificio dogmático del derecho administrativo de modo de reconstruir su funcionalidad no tanto en su dimensión defensiva, sino como una herramienta imprescindible para la gobernanza del siglo XXI.

La segunda razón que torna urgente la lectura del libro bajo comentario para los/las juristas latinoamericanos/as es, desde luego, el propio objeto de estudio del trabajo: hablamos, nada más y nada menos, del avance tecnológico más relevante en los últimos años, la inteligencia artificial. Como sabemos, Latinoamérica no está exenta de esta gran ola de transformación³, pues aún ante la escasa presencia de decisiones regulatorias expresas, las comunidades políticas de la región están desarrollando una interesante -aunque todavía incipiente- conversación al respecto⁴. Y es precisamente por el carácter embrionario de la discusión de la regulación de la IA en América Latina lo que torna tan relevante y urgente la lectura y discusión de trabajos que, como el de Ponce Solé, dan cuenta de numerosas tensiones sustantivas y formales a la hora de tomar decisiones regulatorias en materia de IA.

La tercera razón no se vincula ni con las características del autor ni con la relevancia actual de la discusión propuesta sino, ahora sí, con las virtudes sustantivas del texto. En el libro, Ponce Solé no se limita a comentar el Reglamento Europeo, sino que se centra en el impacto jurídico -y

³ Ver Suleyman, M. (2023). *La ola que viene: Tecnología, poder y el gran dilema del siglo XXI*. Debate.

⁴ Ver el interesante Índice Latinoamericano de IA en [Home 2024 - Índice Latinoamericano de Inteligencia Artificial](#). De acuerdo con el mismo, existen diversos proyectos en desarrollo, como los presentados en México, Argentina, Brasil y Chile, reflejando una tendencia global. De hecho, un análisis de los registros parlamentarios en 81 países indica que desde 2016 las referencias a la IA en los procesos legislativos han crecido aproximadamente 6,5 veces. Hay que destacar, sin embargo que, al menos en América Latina, los proyectos de ley sobre IA responden a propuestas fragmentadas que no siempre se alinean con las estrategias nacionales de cada país. Contreras, P., “Convergencia internacional y caminos propios: regulación de la Inteligencia Artificial en América Latina”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, n° 21, Agosto 2024, ps. 468-493.

también político- derivado del uso de lo que llama “sistemas algorítmicos de IA” (SIA en adelante) en el sector público, especialmente en la adopción y el control de las decisiones administrativas, i.e. aquellas tomadas en ejercicio de la función administrativa.

Para Ponce Solé, la IA, en tanto herramienta de transformación digital, puede operar tanto como un factor de mejora, así como un riesgo significativo para los derechos fundamentales y el Estado de Derecho. Su hipótesis principal es que el derecho público en general y el administrativo en particular tienen una función especialmente relevante en esa ponderación de **mejora/riesgo** que implican los SIA en la gobernanza actual. Para ello, sostiene el autor, es necesario incorporar en la discusión regulatoria de la IA conceptos como la “buena administración digital” y el principio de la reserva de humanidad, principios clave para equilibrar la eficiencia técnica con la garantía de derechos. Pero antes de adentrarnos en ellos, quiero detenerme en un punto que es central: la pregunta acerca de la necesidad regulatoria de la IA.

2.- La regulación: ¿sí? ¿no? ¿depende?

Un punto que sobrevuela el texto del jurista es la cuestión -central en la actual coyuntura- de la pertinencia -o no- de regular la IA; es decir, la conveniencia de imponer leyes, declaraciones, estándares éticos, marcos de implementación y conjuntos de lineamientos sobre la forma en que la IA debería ser desarrollada, aplicada y gobernada⁵.

En torno a este punto aparecen dos puntos de vista que se enfrentan respecto a la necesidad, la conveniencia y el alcance de las intervenciones estatales en el desarrollo y uso de la IA: el “tecno-optimismo” y la “tecnofobia”. Los primeros sostienen la idea de que la IA producirá grandes beneficios a la sociedad impulsando la productividad, mejorando la eficiencia y generando nuevas industrias y empleos. Pero además de ello, sostienen los *tecno-optimistas*, la IA puede ayudar a generar soluciones a problemas complejos -tales como problemas de salud, de medio ambiente, de seguridad, etc.-. En función de esto, los *tecno-optimistas*, poseen una tesis muy clara en materia regulatoria: o ninguna regulación *at all* o bien una de tipo débil -i.e., limitada a generar lineamientos, directrices o recomendaciones, por lo común no vinculantes y con poca capacidad de forzar su cumplimiento- y más afianzada en el mercado y la competitividad, para que tanto empresas como Estados puedan crear, con mayor facilidad, las IA, así como innovar y generar mayor valor a través de ellas.

⁵ Fjeld, J., Nele, A., Hilligoss, H., Nagy, A., & Srikumar, M. (2020). *Principled Artificial Intelligence: Mapping consensus in ethical and rights-based approaches to principles for AI* (Research Publication No. 2020-1). Berkman Klein Center for Internet & Society.

Frente a esto, los *tecnofóbicos* se centran en los efectos negativos de la IA: la automatización que puede desplazar millones de puestos de trabajo sin que el mercado logre absorberlos, los sesgos algorítmicos, la capacidad de la IA para producir *deepfakes*, noticias falsa y otras formas de obturación de la discusión pública, la concentración de poder en cabeza de grandes corporaciones tecnológicas que puede afectar la soberanía de los Estados, etc. En función de estos temores, sostienen los *tecnófobos*, es imprescindible una regulación “fuerte”, es decir, un tipo de regulación centrada menos en dar forma a un ecosistema propicio al desarrollo de las IA y más en minimizar los impactos adversos de las tecnologías. Desde esta perspectiva, cualquier regulación fuerte es necesariamente normativa –una ley o política pública con capacidad sancionatoria–, pues requiere “dientes” para lograr su cumplimiento. Se trata, en definitiva, de “contener” esta ola de transformación.

Ante esta importante disyuntiva, Ponce Solé se encuadra en lo que él llama *tecnorealismo*: para el autor, esta postura implica evitar tanto la idea de que el IA resolverá todos los grandes problemas de la humanidad -tecno-optimismo- como la idea de que la IA es un avance que sólo trae grandes riesgos para la vida de las comunidades democráticas -tecnofobia-. El tecnorealismo propuesto por Ponce Solé implica reconocer que la IA *puede* mejorar la eficiencia administrativa y la gestión pública, pero *también puede* generar opresión, desigualdades y vulneraciones de derechos si no se regula adecuadamente. En función de ello, sostiene Ponce Solé, la regulación de la IA no solo es necesaria, sino también urgente y pertinente.

Parecería, entonces, que la disyuntiva entre *regular o no* la IA es falsa: no hay espacio para la ausencia regulatoria porque por definición la falta de intervención estatal no implica ausencia de regulación, sino que deja el control en manos del mercado, de las decisiones empresariales y de acuerdos privados. Por lo tanto, la verdadera cuestión no es si regular o no, sino quién debe regular y con qué objetivos. Por lo demás, también es necesario matizar el argumento -frecuentemente articulado por los “tecno-optimistas”- de que la regulación frena la innovación. En rigor, la historia muestra que una regulación clara puede generar confianza y estabilidad, fomentando el desarrollo sostenible de la tecnología. De hecho, en sectores como la biotecnología, la aviación y la industria automotriz, la regulación ha sido clave para garantizar la seguridad sin impedir avances significativos. Como advertirá el lector, Ponce Solé tiene una postura muy clara y transparente al respecto -*pro* regulatoria- y muestra, desde una mirada crítica, la importancia y necesidad de mantener esta perspectiva entre quienes tienen la capacidad de tomar decisiones regulatorias.

3.- La IA y la Administración Pública: el problema de la discrecionalidad

En la actualidad, nos recuerda Ponce Solé, existen numerosos ejemplos de cómo la IA es utilizada en la toma de decisiones administrativas. Sólo por mencionar algunos de ellos, están los

sistemas de evaluación de solicitudes y concesión de beneficios sociales (casos en los que algoritmos procesan solicitudes de ayudas sociales, becas o permisos administrativos, como los utilizados en algunos países europeos para la asignación de prestaciones económicas), modelos predictivos en materia fiscal (tales como las herramientas utilizadas por agencias tributarias para detectar fraude fiscal), los sistemas de reconocimiento facial (casos de uso de IA en seguridad pública) y modelos de automatización en procesos de licitación y contratación pública.

Esto, sugiere Ponce Solé, nos lleva a un interrogante: ¿cuáles son los riesgos de que un SIA tome decisiones administrativas -que por definición impactan en derechos e intereses subjetivos- en las que puede haber un importante margen de discrecionalidad? La pregunta está lejos de ser un mero ejercicio teórico; pensemos, por ejemplo, en el caso “SyRI”⁶. El algoritmo del gobierno holandés cruzaba información y asignaba un puntaje de riesgo a las personas, permitiendo a las autoridades tomar medidas contra quienes el sistema consideraba sospechosos de fraude a la administración pública. Más allá del problema de la falta de transparencia⁷ y de los sesgos discriminatorios⁸ existía también una cuestión con la **discrecionalidad algorítmica**: la asignación de riesgos dependía de parámetros que implicaban juicios discrecionales no regulados y pocos transparentes. El caso, que finalizó con una decisión del Tribunal de Distrito de la Haya que declaró ilegal el uso de SyRI⁹, ilustra el punto de Ponce Solé: ante decisiones administrativas tomadas por SIA con un amplio margen de discrecionalidad es menester el desarrollo de marco regulatorio que garantice derechos fundamentales.

Pero antes de llegar a ello, Ponce Solé se pregunta si el marco teórico construido en torno a la noción de discrecionalidad administrativa resulta adecuado para afrontar este desafío. La respuesta, como se podrá imaginar el/la lector/a, es negativa. Veamos.

De acuerdo con el autor español/catalán, la teoría clásica de la discrecionalidad administrativa en España ha sido construida con una concepción “defensiva” del derecho administrativo; i.e. una concepción que centra la funcionalidad institucional del mismo en imponer límites a la Administración en su accionar¹⁰. De allí que el derecho administrativo, para el autor, “*no está*

⁶ Ver [Valoración algorítmica ante los derechos humanos y el Reglamento General de Protección de Datos: el caso SyRI | Revista Chilena de Derecho y Tecnología](#); y [Una sentencia histórica de los Países Bajos sobre los estados de bienestar digitales y los derechos humanos | OpenGlobalRights](#)

⁷ En rigor, los ciudadanos afectados no podían conocer los criterios específicos utilizados para calificarlos como sospechosos.

⁸ Se detectó que SyRI afectaba desproporcionadamente a personas de bajos recursos y ciertos grupos migrantes, lo que llevó a cuestionamientos sobre su imparcialidad.

⁹ El Tribunal destacó, entre otras consideraciones, que la automatización de decisiones administrativas con tal margen de discrecionalidad debía estar sujeta a mayores controles y garantías de transparencia.

¹⁰ El paradigma tradicional de la doctrina española ha sido construido bajo los influjos del gran administrativista García de Enterría. De allí que, argumenta Ponce Solé, “*en el paradigma tradicional, el*

*interesado en las **buenas** decisiones administrativas, sino solo en la revisión judicial de las decisiones **ilegales**, para proteger a los ciudadanos contra la arbitrariedad pública”¹¹.*

Desde este paradigma tradicional del derecho administrativo, la noción de discrecionalidad ha sido equiparada, según Ponce Solé, a la idea de *“indiferencia del derecho en relación al núcleo de las potestades discrecionales”*, es decir, una vez verificado por vía judicial que se han respetado los elementos reglados de la decisión y que no se han vulnerado los principios generales del derecho, el núcleo de la decisión discrecional queda fuera del ámbito de incidencia del derecho administrativo. Esto se debía a que en la medida en que la decisión administrativa se basaba en criterios no jurídicos, ésta no podía ser objeto de control judicial, ya que cualquier intervención de los jueces en ese núcleo implicaría una transgresión del principio de separación de poderes y daría lugar al fenómeno conocido como gobierno de los jueces. Esto, sostiene Ponce Solé, colocó al derecho administrativo en una *camisa de fuerza epistemológica y metodológica*¹².

¿Cómo desarmar estas restricciones autoimpuestas por el propio edificio doctrinario de la discrecionalidad administrativa? Pues el primer paso, dirá Ponce Solé, es admitir que las elecciones que haga la Administración -incluso en ejercicio de sus potestades discrecionales- no son indiferentes al derecho. Es decir, *“al derecho le interesa y quiere que ésta (la Administración decisora) se sitúe en la posición que le permita tomar la decisión que sea **la mejor posible** para los intereses generales, de acuerdo con los principios de buena administración”*. Y es allí, entonces, donde el autor comienza a marcarnos el camino de salida a este problema.

En definitiva, nos encontramos con el hecho de que el marco teórico en torno a la discrecionalidad administrativa falla epistemológica y metodológicamente para abordar la problemática planteada por la IA en la toma de decisiones administrativas. Así las cosas, ¿cómo debe equilibrarse la discrecionalidad administrativa con el principio de legalidad y el control judicial, para garantizar que las decisiones administrativas tomadas por los SIA respeten los derechos fundamentales sin caer en arbitrariedad? La respuesta de Ponce Solé se articula en torno a dos ideas poderosas y prometedoras: la noción de buena administración y el llamado principio de reserva de humanidad.

4.- La buena administración (digital)

Como sabemos, la noción de buena administración, ampliamente desarrollada en España y el resto de la Unión Europea (ver, por ejemplo, el artículo 41 de la Carta de Derechos

Derecho Administrativo proporciona, sobre todo, una defensa para los individuos, un escudo contra las decisiones arbitrarias”, Ponce Solé, J., El Reglamento de Inteligencia Artificial...,p. 72

¹¹ Op. cit., p. 72.

¹² Op. cit. p. 73.

Fundamentales de la UE), ha tenido una llegada gradual al mundo latinoamericano, con un desarrollo un tanto desigual y un alcance aún limitado.¹³ Vale la pena recordar, entonces, que el principio de la buena administración exige que la Administración actúe de manera eficaz, proporcional y justificada, asegurando que sus decisiones sean comprensibles y razonables para los ciudadanos. Yendo al problema de la discrecionalidad administrativa, este principio opera como una suerte de límite sustantivo a la misma en la medida que exige que las decisiones llamadas discrecionales sean motivadas y **transparentes**, proporcionales y garanticen la imparcialidad y ausencia de arbitrariedad. Y una idea nuclear dentro del principio de la buena administración y que resulta central en la teoría de Ponce Solé es el de “diligencia debida”: un estándar que permite evaluar la toma de decisiones administrativas bajo el paradigma de la buena administración. Así, en otra de sus obras medulares, Ponce Solé definió a dicho estándar del siguiente modo: quien tome una decisión administrativa *“deberá actuar con la diligencia de un cuidadoso servidor público, actuando sólo en ausencia de conflicto de intereses, con la información necesaria, teniendo en cuenta los factores relevantes y otorgando a cada uno de los mismos su debida importancia en la decisión, excluyendo de su consideración todo elemento irrelevante, motivando suficiente y congruentemente la misma en relación con la fundamentación existente en el expediente y agotando la diligencia en el caso de manejo de caudales públicos y afectación de derechos constitucionales”*¹⁴. Es decir, nos encontramos frente a un estándar de actuación que debe observar la Administración Pública al ejercer sus funciones, garantizando un comportamiento diligente, prudente y conforme a los principios de legalidad, eficiencia y protección de derechos.

La diligencia debida, entonces, implica advertir que esa discrecionalidad no puede ser nunca equiparada a una libertad de elección entre opciones indiferentes jurídicamente tal como lo sostiene la teoría tradicional. Al contrario de ello, se trata de la facultad legal de elegir entre varias posibilidades, considerando criterios no jurídicos (estéticos, económicos, sociales, etc.), equilibrando intereses públicos y privados para alcanzar el interés general, norte de toda decisión administrativa. Esta elección -que se trata, en su caso, de una compleja ponderación- requiere diligencia, cuidado y una consideración de todos los elementos relevantes. Así, y tal como lo remarca el autor, *“la discrecionalidad administrativa no es una elección libre entre indiferentes jurídicos sino la facultad otorgada por el ordenamiento jurídico para escoger entre varias posibilidades, teniendo en cuenta criterios no jurídicos (...), cuáles son los intereses generales a servir en cada caso mediante la mejor decisión posible en cada caso concreto, adoptada con la*

¹³ Morales Corona, J. D. (2024, julio). El derecho a la buena administración y el parámetro de regularidad constitucional en México. *LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades*, 5(4), 1155. [Asunción, Paraguay]. ISSN en línea: 2789-3855; Ballina-Ríos, F. (2021). ¿Hacia una teoría de la administración en América Latina? *Ensayos de Economía*, 31(58), 86-108. <https://doi.org/10.15446/ede.v31n58.85905>

¹⁴ Ponce Solé, J., *La lucha por el buen gobierno...*, op. cit., p. 129.

debida diligencia y el debido cuidado, tomando en cuenta los elementos relevantes, todos, y descartando los irrelevantes, todos también”¹⁵

5.- La debida precaución: el principio de reserva de humanidad

El segundo pilar de su teoría se encuentra en el llamado “principio de reserva de humanidad” y, para presentarla de modo resumida, es la pretensión de que la toma de ciertas decisiones -en este caso aquellas tomadas por la Administración Pública- no sea delegada a SIA, sino que debe ser ejercida por seres humanos.

La defensa de la reserva de humanidad parte de una premisa central y que, de algún modo, fue anticipada: el principio de buena administración que informa el funcionamiento de la Administración Pública requiere que ésta tome *buenas decisiones*. En el ámbito administrativo esto implica, entre otras cosas, poder conocer la situación de las personas que se relacionan con la Administración -y obrar en consecuencia-, incorporar el sentido común, elementos contextuales, la formulación de hipótesis, respetar el procedimiento debido con la consideración adecuada de las alegaciones en los trámites de audiencia e información pública y ofrecer una motivación adecuada al ciudadano afectado por la decisión.

De acuerdo con el argumento de Ponce Solé, la toma de decisiones discrecionales en cabeza de los SIA no alcanza a cumplir estas consideraciones. Y esto así por dos razones principales: la ausencia de empatía y el problema del “black box”¹⁶.

En primer lugar, y partiendo de una concepción teórica según la cual las buenas decisiones deben incorporar no sólo elementos racionales, sino también emocionales y sentimentales, Ponce Solé argumenta que la empatía humana -en tanto la capacidad de comprender las dificultades, vulnerabilidad y problemas de los demás, y adoptar nuestro comportamiento de forma

¹⁵ Ponce Solé, J., *El Reglamento de Inteligencia artificial...*, op. cit., p. 85

¹⁶ El autor menciona, también, una tercera razón: la imposibilidad de realizar razonamientos abductivos. Puesto que este punto, como diré a continuación, está intrínsecamente vinculado con la cuestión de la empatía, lo que lo torna especialmente complejo y polémico en los desarrollos conceptuales en torno a la IA, me remito a lo dicho por el autor en su obra (ps. 94 y ss). De modo sintético, Ponce Solé entiende que esta imposibilidad de realizar razonamientos abductivos parte de que éstos requieren *necesariamente* una dosis de empatía que, se verá más adelante, los SIA no pueden desarrollar. Para justificar ello, Ponce Solé sigue a autores como Charles Pierce, Erik Larson y Viviane Huys, para quien «*La abducción requiere la capacidad de considerar un punto de vista singular implicado en el razonamiento. En otras palabras, el modelo abductivo presupone una forma de empatía. (...) La empatía es, por tanto, uno de los motores cognitivos cruciales del sistema abductivo. Sin empatía, el razonamiento abductivo es imposible*» (Huys, V. (2018), «L'Abduction ou le risque interprétatif », *Revue Recherches sur la Philosophie et le Langage*, núm. 34 - Abduction, número bajo la dirección de Rémi Clot-Goudard, Viviane Huys et Denis Vernant).

correspondiente- es un valor del servicio público y un elemento a considerar en la elaboración y aplicación del Derecho. Así, en contextos donde las decisiones inciden en derechos e intereses subjetivos, la empatía permite a los decisores públicos (jueces, funcionarios, etc.) evaluar las consecuencias humanas de sus resoluciones, promoviendo una toma de decisiones más equitativa y sensible a las circunstancias individuales. Ahora bien, y aún cuando el autor reconozca el carácter contingente del argumento, lo cierto es que las máquinas -al menos por ahora- carecen de empatía -aunque la puedan imitar-. por lo que *“no pueden adoptar buenas decisiones en aquellos casos en que exista un margen de valoración administrativo (...) y, por tanto, no pueden respetar el derecho a una buena administración de los ciudadanos”*¹⁷. Por ejemplo, un algoritmo que evalúa solicitudes de asistencia social puede rechazar a un solicitante por no cumplir un criterio formal, sin considerar circunstancias excepcionales como una emergencia médica o una crisis económica.

En segundo lugar, Ponce Solé remarca el fenómeno conocido como *“black box”*, es decir, la dificultad -aunque muchos dirán la imposibilidad- de entender y explicar cómo un algoritmo de inteligencia artificial, especialmente los basados en aprendizaje profundo, llega a sus decisiones. Esto sucede, básicamente, porque muchos modelos avanzados procesan enormes cantidades de datos y generan resultados sin que sea posible rastrear fácilmente la lógica o el razonamiento detrás de ellos. Esto, para el autor, implica una afrenta directa a las exigencias de racionalidad, buena administración y transparencia que hacen de la motivación de una decisión administrativa elementos sustanciales. Pues en la medida en que una decisión adoptada por un SIA no pueda justificarse conforme a hechos, fundamentos de derecho y criterios de oportunidad -ie, no podemos saber ni entender por qué tomó *esa* decisión y no *otra*-, no podemos hablar de una *buena decisión administrativa*.

En definitiva, estas consideraciones, dice Ponce Solé, nos impone defender toda regulación basada en el principio de reserva de humanidad que, a su vez, puede ser total o relativo -con excepciones basadas en elementos discrecionales o en criterios diferentes a éste-.

6.- El control judicial de las decisiones administrativas automatizadas

Todo marco regulatorio en materia de IA debe tener en miras diversos mecanismos de supervisión y control. Cuando se trata del uso de SIA en las decisiones administrativas, la labor judicial de contralor pasa a ser central.

En el capítulo cinco del libro el autor reconstruye los diferentes pasos que implica el derrotero del control jurisdiccional de las decisiones automatizadas tomadas por la Administración. Se trata,

¹⁷ Op. cit., p. 91.

entonces, de un análisis estructurado que busca abordar un interrogante que es central: ¿cómo los jueces deben controlar las decisiones automatizadas sin perder de vista los límites propios del sistema de división de poderes?

El primer paso se centra en el análisis de las normas que regulan la decisión administrativa con especial énfasis en escrutar si existe -o no- reserva de humanidad; i.e, si el uso de un SIA está permitido o previsto dentro del marco legal. Si la respuesta fuere negativa, el juez deberá evaluar ahora la atribución de potestad y competencia al órgano específico para adoptar la decisión. También deberá controlar la inexistencia de sesgos que comprometan la objetividad o la igualdad y la buena administración.

Luego, Ponce Solé destaca la centralidad del análisis judicial centrado en determinar si la Administración ha cumplido con sus deberes de transparencia, permitiendo que el ciudadano y el juez comprendan cómo se llegó a la decisión. Para ello deberá examinar los hechos determinantes y los datos utilizados y si el SIA cumple con el requisito de explicabilidad, es decir, si ofrece razones comprensibles para su resultado. Aquí el autor hace una importante aclaración: el análisis judicial de la motivación de la decisión no se agota en esta *explicabilidad*, sino que también alcanza el deber de controlar que exista la explicación de por qué se utilizó la tecnología del SIA y la justificación de su decisión. Así, en caso de que la IA opere como una "caja negra" sin justificación clara, esto podría generar un vicio en la motivación del acto administrativo.

Cabe destacar, también, que en cuanto a la discrecionalidad ejercida mediante SIA, el juez deberá tener en especial consideración la aplicación de los siguientes principios generales del derecho: el principio de interdicción de la arbitrariedad, el principio de proporcionalidad, el de igualdad, el de buena administración y el de la Administración digital.

En definitiva, la tesis del autor es que el control jurisdiccional sobre las decisiones administrativas tomadas con tecnología de SIA, si quiere ser consistente con los compromisos de un Estado de Derecho, debe reforzar la exigencia de motivación, la transparencia algorítmica y la rendición de cuentas, garantizando que la automatización no convierta a la discrecionalidad en un espacio de opacidad e inmunidad judicial.

Esto me lleva, finalmente, a un último comentario: Ponce Solé se detiene, también, en una reflexión sobre cómo entender la deferencia judicial hacia los criterios decisorios de la Administración en el contexto del control de decisiones adoptadas por un SIA. Tal como lo marca el autor, la deferencia se trata de un concepto propio de la tradición estadounidense -la que, como dije al principio, Ponce Solé conoce muy bien- y que debería ser cuidadosamente utilizada en los países que construyen sus prácticas institucionales bajo el influjo de la tradición continental.

Dicho ello, y retomando lo dicho respecto a que la discrecionalidad administrativa no puede ser equiparada a los “indiferentes jurídicos”, el autor entiende que la complejidad propia de una decisión administrativa tomada con tecnologías de SIA nos obliga a reconsiderar nuestras intuiciones respecto a la intensidad de la deferencia judicial en el control de este tipo de decisiones. Así, concluye, el control judicial no puede ser ni indiferente ante el uso de las tecnología de SIA por las Administraciones Públicas, ni insuficiente. Y considerando el estado todavía liminar de la regulación jurídica en el acto y los razonables riesgos, la deferencia hacia la Administración no puede ser automática cuando intervienen sistemas de IA.

*

Como podrá advertir el/la lector/a, el libro no se limita a una reflexión meramente teórica, sino que, a lo largo de su recorrido, Ponce Solé propone -a veces de manera directa, otras de forma sutil e implícita- una serie de cuestiones en la dimensión de la regulación normativa (fortalecimiento del principio de reserva de humanidad, diseño de procedimientos administrativos complejos que incluyan supervisión humana y mecanismos justificatorios con altos estándares en materia de transparencia, etc.).

La democracia constitucional enfrenta uno de los mayores retos para la sostenibilidad y el fortalecimiento de las prácticas institucionales democráticas: la toma de decisiones públicas basadas en tecnologías de Inteligencia Artificial produce -o pretende producir- un desplazamiento de la autoridad no sólo epistémica sino también democrática. Del funcionario electo -directa o indirectamente- hacia el algoritmo. El derecho público en general, y el administrativo en particular, no pueden -no deben- quedar marginados de esta conversación. Y Ponce Solé vuelve a poner al derecho -de base democrática- en el centro de la misma.