

DOCTRINA

Notas sobre el control jurídico de actos administrativos adoptados con inteligencia artificial

Notes on the legal control of administrative acts adopted with artificial intelligence

Nicolás Humeres Guajardo 

Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile

RESUMEN Este texto tiene por objeto proponer algunos presupuestos metodológicos para el control de decisiones administrativas adoptadas con inteligencia artificial (IA). Si bien el uso de este tipo de herramientas en el ejercicio de potestades públicas plantea nuevos desafíos, esto no debe entenderse como un terreno que escapa de los elementos clásicos de control público. Por el contrario, una interpretación dinámica de los criterios y perspectivas empleados tradicionalmente en el control de estas potestades constituye un insumo capaz de ofrecer algunas respuestas a estas interrogantes (o, al menos, una primera aproximación a ellas). Se propone, entonces, una metodología centrada en el análisis del impacto que la inteligencia artificial podría significar en la juridicidad de los distintos elementos abordados en la teoría general del acto administrativo. De esta forma, la descomposición intelectual de la actividad administrativa formal, en función de sus elementos esenciales, contribuye no solo a una mejor comprensión de la incidencia de la inteligencia artificial en tal actuación, sino que también en la definición misma de su juridicidad.

PALABRAS CLAVE Inteligencia artificial, elementos del acto administrativo, control, procedimiento administrativo, justicia administrativa.

ABSTRACT The purpose of this text is to propose some methodological assumptions for the control of administrative decisions taken with artificial intelligence. Although the use of this type of tools in the exercise of public powers poses new challenges, this should not be understood as a field that escapes from the classical elements of public control. On the contrary, a dynamic interpretation of the criteria and perspectives traditionally used in the control of these powers constitute an input capable of offering some answers to these questions (or, at least, a first approximation to them). We, then, propose a methodology focused on the analysis of the impact that artificial intelligence could have on the legality of the different elements addressed in the general theory of the administrative act. In this way, the intellectual decomposition of formal administrative activity in terms of its essential elements contributes not only to a better understanding of the impact of artificial intelligence on such activity, but also to the very definition of its legality.

KEYWORDS Artificial intelligence, elements of the administrative act, control, administrative procedure, administrative justice.

Introducción

¿Cómo enfrentar el control judicial de una decisión de la Administración adoptada mediante inteligencia artificial? El presente texto pretende esbozar algunas respuestas a esa interrogante desde la perspectiva de la teoría del acto administrativo. Responder esta pregunta es relevante, puesto que el uso de inteligencia artificial por parte de las administraciones públicas, en varias partes del mundo, comienza a suscitar interés ciudadano y académico. Esta tecnología se ha empleado en diversas funciones, como el procesamiento de lenguaje natural, el reconocimiento de imágenes, el análisis de datos y la automatización o predicción de decisiones y de sus efectos, por mencionar algunos ámbitos (Cerrillo Martínez, 2023: 531-533).

El Estado de Chile no ha estado ajeno a este fenómeno. Según un estudio realizado por el Repositorio de Algoritmos Públicos de la Universidad Adolfo Ibáñez, a marzo de 2024 existen 101 algoritmos que apoyan la gestión de instituciones públicas en distintos ámbitos (GobLab, 2024). De este universo, el 42,6% de los algoritmos públicos son declarados como inteligencia artificial, el 45,5% usan datos personales y el 86,1% contribuyen a la provisión de productos estratégicos para la ciudadanía. Los sectores que concentran más algoritmos son salud, orden público y seguridad, y asuntos económicos. Sin embargo, existe un bajo, heterogéneo y dispar nivel de información sobre estos sistemas, ya que solo se conoce el financiamiento del 51,5% de las herramientas algorítmicas (GobLab, 2024: 9-10).

En Chile, a la época de redacción de este manuscrito, no existe, a nivel legal, regulación específica sobre el uso de IA por las administraciones públicas. Actualmente, se encuentra en tramitación un proyecto de ley que tiene por objeto reglamentar este tipo de tecnologías.¹ No obstante, las recientes modificaciones introducidas a la Ley 19.928 sobre Protección de Datos Personales, por la Ley 21.719, incorporan instrumentos que permiten prevenir y solucionar algunos problemas asociados al uso de este tipo de tecnologías. Nos referimos a la proscripción de decisiones automatizadas basadas únicamente en el tratamiento de datos, contemplada en el artículo 8 bis, y a los principios de estricta finalidad y proporcionalidad en el tratamiento de datos personales establecidos en los literales b) y c) del artículo 3, por mencionar algunos.

A nivel de normas administrativas, encontramos tres instrumentos actualmente vigentes que abordan de manera incipiente el fenómeno de la IA. El primero de ellos es el Decreto 20 de 2021 del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación que aprueba la Política Nacional de Inteligencia Artificial, cuyo objetivo es «insertar a Chile en la vanguardia y colaboración global relacionada con la IA, con un ecosiste-

1. Boletín 16.821-19. Disponible en <https://tipg.link/g8fB>.

ma de investigación, desarrollo e innovación en inteligencia artificial que cree nuevas capacidades en los sectores productivos, académicos y estatales», sobre la base de los principios transversales de oportunidad y responsabilidad.

El segundo es el Oficio Circular 711 del 11 de diciembre de 2023 de los ministerios Secretaría General de la Presidencia y de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación que contiene los lineamientos para el uso de herramientas de inteligencia artificial en el sector público. Este instrumento persigue que la Administración pública asuma un rol proactivo en el manejo de la IA, a fin de comprender su funcionamiento y lograr un uso beneficioso de la misma. En ese sentido, se recomienda a los titulares de los órganos de la Administración del Estado una serie de lineamientos para promover su utilización responsable, ética, segura y transparente basada en cuatro ejes: i) inteligencia artificial centrada en las personas; ii) transparencia y explicabilidad; iii) privacidad y uso de datos, y iv) control público.

El tercero es la Resolución Exenta 372 del 12 de agosto de 2024 dictada por el Consejo para la Transparencia que aprueba recomendaciones sobre transparencia algorítmica. Esta circular tiene por objeto orientar y promover la adopción de buenas prácticas en torno a la transparencia y publicidad de los sistemas de decisiones automatizadas y semiautomatizadas que se utilizan en el sector público.

Estos instrumentos se incardinan en las necesidades regulatorias relacionadas a los nuevos desafíos que la incorporación de IA plantea para distintos ámbitos del quehacer jurídico. Sin embargo, las decisiones adoptadas por la Administración en ejercicio de potestades públicas constituyen un ámbito especialmente sensible al fenómeno de la irrupción de la inteligencia artificial si se consideran los intereses y deberes públicos que derivan del principio constitucional de servicialidad estatal que integra las bases de la institucionalidad.²

En este contexto, estimamos que los desafíos que plantea la IA no deben ser vistos como un ámbito ajeno a los elementos de control jurídico existentes en nuestros sistemas contenciosos administrativos. Por ello, en el presente manuscrito intentaremos defender como hipótesis la operatividad de los principios y criterios de adjudicación presentes en la teoría del derecho administrativo para enfrentar los nuevos desafíos que puede plantear la incorporación de la inteligencia artificial en las decisiones administrativas (o, al menos, para ofrecer una primera respuesta a estos problemas). Esto no implica, en ningún caso, una interpretación rígida u originalista de la justicia administrativa. Al contrario, estimamos que un control jurídico adecuado requiere adoptar una interpretación dinámica y evolutiva de la teoría del acto administrativo y sus elementos.

2. El artículo 1 inciso cuarto de la Constitución Política de la República de Chile de 1980 establece que: «El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la Comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece».

En las páginas siguientes pretendemos aproximarnos a los potenciales impactos que podría significar la IA en los elementos de los actos administrativos. Para ello, realizaremos un ejercicio de descomposición intelectual de los distintos elementos identificados por la teoría del acto administrativo. Si bien existen varias propuestas bastante consistentes para clasificar estos componentes, organizaremos nuestra exposición siguiendo como base el esquema propuesto en el derecho comparado por García de Enterría y Fernández Rodríguez (2015: 589-607). En la doctrina chilena, este ha sido desarrollado con leves variaciones por Cordero Quinzacara (2023: 529-537), Bermúdez Soto (2014: 147-152), Cordero Vega (2015: 260-265), Valdivia Olivares (2018: 216-224) y Osorio Vargas y Vilches Yáñez (2020: 173-248), entre otros autores. En un primer acápite, analizaremos las relaciones entre esos elementos y los vicios que podrían afectar la validez de las decisiones administrativas adoptadas en el contexto de la actividad formal de la Administración.

En una segunda sección, abordaremos la incidencia que podría tener la IA en los elementos subjetivos de los actos administrativos. En este nivel analizaremos problemas que podrían suscitarse en relación con la competencia de la autoridad administrativa respecto a la adopción de decisiones administrativas automatizadas, la necesidad de establecer legalmente tal automatización, la reserva de humanidad y la vigilancia humana.

A continuación, estudiaremos la forma en que se podría afectar la juridicidad de los presupuestos objetivos de la actuación administrativa. En este contexto, nos abocaremos al análisis de los posibles vicios que pudiesen presentar las decisiones adoptadas con inteligencia artificial respecto a los motivos, objeto y finalidad de los actos administrativos en relación a problemas de discriminación y sesgos algorítmicos, alucinaciones de los sistemas de IA y desviación de la finalidad estricta en el tratamiento de datos personales.

En cuarto lugar, formularemos algunas ideas en torno a cómo se podrían configurar vicios trascendentes de carácter formal. Abordaremos, en específico, los eventuales vicios en los procedimientos administrativos previos a la dictación del acto respectivo, la forma de los instrumentos continentales de las decisiones administrativas y su motivación.

Cabe señalar que no nos adentraremos en profundidad en el contenido específico de las modificaciones legales, ya que el objeto de esta investigación es mucho más acotado, pues persigue analizar el impacto de la IA en la juridicidad de los actos administrativos, a fin de identificar elementos que contribuyan a su control jurídico. Por lo demás, el análisis de tales modificaciones constituye un objetivo interesante que amerita un estudio separado.

En términos generales, la investigación concluye que sí es posible establecer conexiones en el plano conceptual entre varios problemas que plantea el uso de inteligencia artificial por las administraciones públicas y los distintos elementos que definen la juridicidad de los actos administrativos. Se destaca la importancia de esto en orden a no perder de vista los elementos arraigados en las bases mismas de la disciplina jurídica a

la hora de enfrentar nuevos desafíos asociados al uso de nuevas herramientas tecnológicas, a través de una interpretación dinámica y evolutiva de tales premisas.

Relación entre los elementos del acto administrativo y sus vicios

Concepto de acto administrativo

Uno de los ejes centrales de la justicia administrativa y del derecho administrativo es la noción del *acto administrativo* (Cordero Vega, 2015: 242). Este concepto surge inicialmente en Francia como expresión práctica del principio de separación de poderes que, en un principio, excluía a su respecto el control judicial, circunscribiéndolo únicamente al control administrativo del Consejo de Estado (García de Enterría y Fernández Rodríguez, 2015: 581). En el derecho comparado, estos autores, complementando la clásica definición aportada por Guido Zanobini, definen el acto administrativo como una «declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria» (2015: 584). Si bien es posible identificar en la dogmática española una concepción más restringida, sobre la base de entender que este concepto se encuentra circunscrito únicamente a los actos decisorios que provocan efectos jurídicos, lo esencial de ambas nociones es que los actos administrativos emanan de una potestad, función administrativa o poder público (Arzoz Santisteban, 2023: 428).

En el contexto de la doctrina chilena, Caldera Delgado (1981: 45) definió el acto administrativo como una «exteriorización unilateral de competencia de un órgano administrativo en el ejercicio de sus potestades jurídicas administrativas para alcanzar los fines públicos específicamente cometidos al órgano». Bermúdez Soto (2014: 141), por su parte, lo define como una «decisión de la Administración pública con la que concluye el procedimiento administrativo, y que resuelve, con carácter imperativo y unilateral sobre la aplicación del ordenamiento jurídico respecto de uno o varios casos concretos».

El artículo 3 de la Ley 19.800 establece el concepto legal en el derecho chileno de acto administrativo como «decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública» y agrega que «constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias».

Perspectivas doctrinarias sobre los elementos del acto administrativo

«Para examinar el cumplimiento del principio de juridicidad del acto administrativo, la doctrina y jurisprudencia nacional han identificado sus elementos como requisitos para su validez» (Osorio Vargas y Vilches Yáñez, 2020: 173). Este es un aspecto relacionado con la teoría de la nulidad en derecho público, ya que existiría una correlación entre los elementos del acto y los vicios de nulidad (Valdivia Olivares, 2018: 215-216).

De esta forma, «los elementos del acto administrativo son aquellas condiciones estructurales necesarias para su validez, sin cuya concurrencia (perfecta) el acto es susceptible de ser anulado». En ese orden de ideas, José Miguel Valdivia enfatiza que:

La doctrina suele analizar un acto jurídico a la luz de sus *elementos*, probablemente por influencia de las disciplinas morales sobre la estructura de los actos de voluntad. En el derecho moderno, los elementos se conciben como requisitos estructurales de un acto jurídico, sin los cuales este adolece de un defecto que impide su eficacia [...]. En derecho administrativo, los elementos del acto administrativo también se conciben como condiciones de validez en cuanto vienen determinados por la ley, y en razón de la importancia del principio de legalidad (Valdivia Olivares, 2018: 215-216).

En un sentido similar, se ha sostenido que «el estudio de la nulidad en el derecho administrativo abarca las ilegalidades que pueden afectar a los actos administrativos, en relación con todos sus elementos» (Pierry Arrau, 1993: 80). Así las cosas, la importancia de la configuración de los elementos del acto administrativo estaría determinada por su validez en relación con «las causales de extinción de los efectos del acto» (Morales Espinoza, 2019: 23).

Los elementos del acto administrativo en la jurisprudencia

Existe una referencia que se reitera en varios fallos de la Tercera Sala de la Corte Suprema, en el sentido de reconocer que en el contexto del control jurisdiccional de la actividad administrativa formal puede existir ilegalidad respecto de cualquiera de sus elementos.³ Esta narrativa se encuentra estrechamente relacionada con otra referencia habitual de la jurisprudencia de la Corte en que, a modo explicativo, señala que los vicios que pueden eventualmente provocar la nulidad de un acto administrativo son: «La ausencia de investidura regular del órgano respectivo, la incompetencia de este, la inexistencia de motivo legal o motivo invocado, la existencia de vicios de forma y procedimiento en la generación del acto, la violación de la ley de fondo atinente a la materia y la desviación de poder».⁴

Es importante recalcar que en un fallo reciente la Corte Suprema analiza los elementos del acto administrativo en consonancia con los desarrollos doctrinarios sobre la materia. En efecto, se sostuvo que:

3. «Son cinco los elementos del acto administrativo, a saber la competencia, la forma, el fin, los motivos y el objeto, puede existir ilegalidad del mismo en relación con cualquiera de ellos». En ese sentido, véase: Corte Suprema, 23 de abril de 2024, rol 175.305-2023; 23 de mayo de 2023, rol 93.855-2021; 26 de enero de 2022, rol 1961-2022; 12 de diciembre de 2021, rol 35499-2021; y 14 de octubre de 2021, rol 22427-2021, entre otras.

4. Corte Suprema, 23 de mayo de 2023, rol 93.855-2021. En el mismo sentido, pero modificando levemente su literalidad, la Corte ha sostenido que «de acuerdo con la jurisprudencia asentada por esta Corte, la ilegalidad de un acto administrativo que puede acarrear su ineficacia puede referirse a la ausencia de investidura regular, incompetencia del órgano, defectos de forma, desviación de poder e ilegalidad en los motivos y el objeto, como violación de la ley de fondo aplicable» (Corte Suprema, 11 de marzo de 2024, rol 246.659-2023 y 26 de febrero de 2024, rol 161.596-2023).

El control de legalidad de los actos administrativos por parte del juez, fundamental para el Estado de derecho, consiste en examinar la concurrencia en ellos de distintos elementos. En primer lugar, de acuerdo con la sistematización de los elementos del acto administrativo realizada por el profesor Eduardo Cordero Quinzacara, es posible identificar aquellos elementos de tipo subjetivo, a saber: i) que el acto emane de un organismo que forme parte de la Administración; ii) la investidura de la autoridad; y iii) la competencia de la misma. En segundo lugar, se encuentran los elementos objetivos, los cuales se componen de: i) los motivos de hecho y de derecho que han servido de base a la decisión adoptada; ii) el objeto del acto administrativo; y iii) el fin del acto administrativo, en relación con el interés público establecido por ley para la dictación del acto.⁵

Si bien el fallo no analiza en forma completa el esquema de elementos propuesto por el autor citado (ya que no enuncia los presupuestos formales), para nosotros es interesante identificar y destacar el diálogo entre la dogmática y la praxis jurisprudencial presente en la sentencia. Esto es relevante, pues parece evidenciar que, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia, existe una relación entre los elementos de los actos administrativos y los vicios capaces de afectar su validez. Por lo mismo, estimamos que el control de la actividad administrativa de carácter formal que emplee inteligencia artificial bien podría estructurarse, al menos en un primer nivel, en el impacto que este tipo herramientas puede significar en los elementos de la referida actuación formal.

Para finalizar este acápite, cabe referir que en el análisis específico de los elementos del acto administrativo, en nuestra opinión, estos no deben ser concebidos como compartimientos estancos. Diversos fenómenos jurídicos pueden incidir simultáneamente en más de uno de ellos. No obstante, la categorización y delimitación de los distintos vicios responde a una exigencia metodológica de especificación analítica, orientada por criterios de especialidad, que permite ordenar racionalmente las hipótesis de invalidez a efectos de su control y eventual subsanación.

Potencial impacto de la inteligencia artificial en los elementos subjetivos de los actos administrativos

Elementos subjetivos de la actuación formal

Siguiendo el esquema esbozado en las líneas precedentes, la correcta identificación y configuración de los elementos subjetivos que componen el acto administrativo es un aspecto fundamental para su control jurídico. Estos elementos atienden a la autoridad que emite el acto y su análisis se centra en: i) que se trate de un órgano que forma parte de la Administración del Estado; ii) la investidura de la autoridad; y iii) su competencia (Cordero Quinzacara, 2023: 529-530).

Un acto administrativo solo puede ser válido si emana de una Administración pública formalmente constituida y es emitido por el órgano competente, cuyo titular

5. Corte Suprema, 30 de mayo de 2024, rol 3.922-2024.

ostente una investidura legítima. La Administración, como persona jurídica, se manifiesta a través de sus órganos, los cuales deben estar debidamente investidos de competencia para dictar el acto en cuestión. La competencia, definida como la medida de la potestad atribuida a cada órgano, es determinada normativamente y puede clasificarse según criterios materiales, territoriales o temporales (García de Enterría y Fernández Rodríguez, 2015: 589).

Es importante destacar que «el vicio de incompetencia ha sido históricamente la causal matriz a través de la cual se ha construido la teoría de la invalidez del acto administrativo» (Jara Schnettler, 2004: 229). En el derecho comparado, se ha enfatizado que la noción de incompetencia se encuentra en los orígenes mismos del recurso por exceso de poder y es la idea fuerza y el verdadero motor del mismo. De esta manera, tanto el vicio de forma, la desviación de poder y la violación de ley no son sino configuraciones específicas del defecto de competencia, puesto que esta se concede por la ley para actuar dentro de cauces formales establecidos, para un fin específico y, en definitiva, para actuar bajo ciertas condiciones y límites determinados (Fernández Rodríguez, 1969: 111-113).

Por su parte, la investidura es un «procedimiento a través del cual una persona pasa a tener la calidad de titular de un órgano público, pudiendo imputarse sus actuaciones a la persona jurídica pública a la cual pertenece» (Cordero Quinzacara, 2023: 530). El carácter de regular que el artículo 7 de la Constitución chilena exige para la investidura supone un estándar más laxo que el concepto de investidura legal. Esta diferencia conceptual permitiría validar, por ejemplo, situaciones extraordinarias, como el fenómeno denominado *funcionario de hecho*. Esta institución permitiría «moderar los efectos que acarrearía la invalidez de las actuaciones de ciertos agentes públicos cuya designación o nombramiento adolece de vicios, pero cuya asunción a la función ha generado una situación de buena fe en los destinatarios de sus actos, confianza legítima que el ordenamiento protege y ampara por razones elementales de seguridad jurídica» (Jara Schnettler, 2004: 229).

El impacto de la inteligencia artificial en los elementos subjetivos

Cabe preguntarnos si las administraciones públicas son competentes para establecer administrativamente decisiones automatizadas o necesitan ley habilitante para ello. En opinión de Cerrillo Martínez (2023: 533), no debe extrañarnos «que la Administración pública utilice la inteligencia artificial como apoyo en la toma de decisiones por parte del órgano competente que basa su decisión en la información generada por un algoritmo». Sin embargo, es también posible que el acto administrativo sea adoptado de manera automatizada por un algoritmo sin intervención humana, fenómeno denominado *actuación administrativa automatizada*. Frente a tal posibilidad, Ponce Solé (2024: 192) enfatiza que el uso de IA para la adopción de decisiones automatizadas en el derecho español debe estar expresamente contemplado por ley. Funda esta afirmación en la reserva legal contenida en el artículo 18.4 de la Constitución española relativa al uso de

herramientas informáticas. Ello impone la necesidad de contar con una regulación que tenga la suficiente densidad, evitando remisiones en blanco a reglamentos y, a su vez, obliga a establecer procedimientos, competencia y límites en relación al uso de la IA.

En ese sentido, es relevante la restricción contemplada en el numeral 1 del artículo 22 del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea, que establece que «todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar».

A su vez, el numeral 2 del precepto aludido dispone que no es aplicable la restricción referida si la decisión:

- i) Es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento;
- ii) está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o
- iii) se basa en el consentimiento explícito del interesado.

En ese contexto, el artículo 15 Ley 40/2015 de la Ley española del Régimen Jurídico del Sector Público define la actuación administrativa automatizada como «cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público». ⁶ Este precepto constituye una norma de rango legal que expresamente contempla la posibilidad de adoptar decisiones automatizadas en los términos que exige el aludido artículo 22 del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea. En nuestro concepto, ambas disposiciones deben ser objeto de interpretación, conforme a que la habilitación contemplada por la Ley del Régimen Jurídico del Sector Público no excluye o limita el derecho a obtener una respuesta de la autoridad humana responsable o a impugnar administrativa y/o judicialmente las decisiones automatizadas.

En Chile, el artículo 8 bis de la Ley 19.928,⁷ recientemente incorporado por la Ley

6. Disponible en <https://tipg.link/g99U>.

7. «Decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles. El titular de datos tiene derecho oponerse y a no ser objeto de decisiones basadas en el tratamiento automatizado de sus datos personales, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente.

»El inciso anterior no se aplicará en los siguientes casos:

»a) Cuando la decisión sea necesaria para la celebración o ejecución de un contrato entre el titular y el responsable.

»b) Cuando exista consentimiento previo y expreso del titular en la forma prescrita en el artículo 12.

»c) Cuando lo señale la ley, en la medida en que esta disponga el empleo de salvaguardas a los derechos y libertades del titular.

»En todos los casos de decisiones basadas en el tratamiento automatizado de datos personales, inclu-

21.719, se encuentra directamente inspirado en el aludido artículo 22 del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (Contreras y otros 2024: 100). No obstante, la ley chilena innovó y mejoró la redacción del mentado artículo 22 en varios aspectos:

- A diferencia de la norma europea, el artículo 8 bis contempla el derecho del titular a «oponerse» y a «no ser objeto», lo que se traduce en una prohibición general de toma de decisiones basadas en el tratamiento automatizado de datos personales. En definitiva, esto se aplicaría «tanto si el titular se opone activamente como en los casos en que no lo haga».
- El artículo 8 bis no exige que la decisión sea adoptada únicamente mediante el tratamiento automatizado de datos personales. «De esta forma, el artículo clarifica que la prohibición aplica respecto de todas las formas de decisiones basadas en el tratamiento automatizado de datos personales y no solo en aquellas en que no ha habido una participación humana significativa».
- El artículo 22 del reglamento europeo considera que la decisión automatizada proscrita debe producir «efectos jurídicos» al titular o afectarle «significativamente de modo similar». En cambio, la norma chilena eliminó esa mención, de manera que cabe entender que establece un estándar más amplio de afectación, lo que incluiría efectos materiales o de hecho (Contreras y otros 2024: 101-103).

Sin embargo, la Ley 19.880 (y sus modificaciones introducidas por la Ley 21.180) no contempla expresamente la posibilidad de adoptar actos administrativos automatizados en los términos que sí está expresamente contemplado por el aludido artículo 15 de la Ley española del Régimen Jurídico del Sector Público. Tampoco encontramos en nuestra Ley de Procedimiento Administrativo algún precepto que establezca, con la suficiente densidad normativa, procedimientos, competencia, requisitos o límites respecto al uso de sistemas de IA o de decisiones administrativas automatizadas. A ello cabe agregar que, si bien la Ley 21.719 introdujo modificaciones en el Título 4 de la Ley 19.628 respecto al tratamiento de datos personales por parte de organismos públicos, no se advierte de un precepto que les habilite expresamente a adoptar decisiones administrativas automatizadas.

En ese contexto, la exigencia expresa de salvaguardas contempladas en el literal c) del inciso segundo del aludido artículo 8 bis, unida a la falta de preceptos legales que expresamente atribuyan competencia para adoptar decisiones administrativas automatizadas, y la interpretación de ambas circunstancias bajo el prisma de la reserva legal contenida en el artículo 63.20 de la Constitución Política de la República (relativa a

sive aquellos señalados en las letras a), b) y c) precedentes, el responsable deberá adoptar las medidas necesarias para asegurar los derechos, libertades del titular, su derecho a la información y transparencia, el derecho a obtener una explicación, la intervención humana, a expresar su punto de vista y a solicitar la revisión de la decisión».

normas generales y obligatorias que contemplen «las bases esenciales de un ordenamiento jurídico»⁸), nos conducen a estimar que en la actualidad la Administración pública chilena carecería de competencia para adoptar decisiones administrativas totalmente automatizadas susceptibles de provocar efectos negativos en la posición jurídica de sus destinatarios.

Por otra parte, algunos autores han abierto debate en torno a la (in)conveniencia de adoptar decisiones administrativas automatizadas de carácter discrecional. En efecto, Ponce Solé (2024: 180-189) estima que la automatización en el ámbito de las potestades discrecionales sería contrario al principio de buena administración, ya que: i) la IA podría generar una petrificación de la discrecionalidad (o falta de adecuación a circunstancias particulares relevantes); ii) las máquinas carecerían de empatía (condición ínsita en el derecho a la buena administración); iii) la IA sería incapaz de realizar inferencias abductivas; y iv) el principio de buena administración exige dar respuesta razonada a los afectados por el acto. En opinión del autor, estos problemas conllevan al uso de dos técnicas de control basadas en el principio precautorio.⁹ Se trata de la reserva de humanidad y la supervisión humana. En ambos casos, el derecho administrativo tiene que hacer frente a una situación hasta hace poco inédita, consistente en que quien toma la decisión sometida al ordenamiento jurídico no es un humano, sino un sistema algorítmico (Ponce Solé, 2023: 199).

La primera categoría enunciada consiste en una «decisión humana de excluir el uso de la IA de ciertos ámbitos porque se considera inadecuado el uso de esta de acuerdo con el estado de derecho» (Ponce Solé, 2024: 191). Su sustento normativo se encontraría en el aludido artículo 22 de Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea que, en su numeral 3, consagra el derecho del interesado en orden a forzar la intervención humana por parte del funcionario responsable. Un ejemplo de esta reserva de humanidad se advierte en algunas leyes que prohíben el uso de la IA en el ámbito de potestades discrecionales, circunscribiendo el uso de este tipo de herramientas

8. No pretendemos soslayar el debate en la doctrina chilena respecto al alcance de la reserva legal contemplada en la Constitución de 1980. Entre otros destacados autores, cabe señalar a modo referencial la obra de García Pino, 2004 y, más recientemente, Guiloff, 2017. Sin embargo, para efectos de este trabajo, estimamos apropiado adherir a la tesis planteada por Cordero Quinzacara (2023: 225-231), en el sentido de que, en virtud del artículo 63.20 de la Constitución, no existe en Chile un dominio legal máximo, ya que es la ley la que debe regular las bases esenciales del ordenamiento jurídico. A su vez, esto implica que no existan diferencias sustanciales entre los reglamentos autónomos y de ejecución, pues ambos tendrían por función complementar, desarrollar o detallar la regulación legal.

9. Desde nuestra perspectiva, el autor justifica la existencia de las referidas técnicas de control en el principio precautorio en un contexto en que la irrupción de la inteligencia artificial en la gestión de las administraciones públicas, efectivamente, podía ser estimada como susceptible de provocar riesgos no suficientemente medibles, cuantificables o predictibles. No obstante, teniendo presente el desarrollo que ha experimentado el estudio jurídico del fenómeno de la IA y la dictación del Reglamento Europeo en 2024, bien podríamos sostener que actualmente los referidos mecanismos de control encontrarían su fundamento más bien en el principio preventivo. Esto ya que existe un mayor conocimiento respecto a la magnitud de los riesgos asociados al uso de este tipo de tecnologías.

únicamente al ejercicio de potestades regladas, tal como ocurre en Alemania y en la Comunidad Autónoma de Catalunya (Ponce Solé, 2024: 192).¹⁰

Por otra parte, algunos autores sostienen que es en el ámbito de las decisiones discrecionales donde la ganancia cualitativa del uso de la IA sería mayor, cuestión que plantea el desafío en orden a «regular la integración de la inteligencia artificial respecto de la actuación administrativa del futuro» (Boix Palop, 2020: 229). En el contexto de esta discusión, se ha sostenido que parece no haber una respuesta única y general a estas interrogantes, y esta necesariamente deberá estar guiada por el principio de precaución (o, en nuestro concepto, de prevención). En ese sentido, se destaca que la inteligencia artificial podría ser más eficiente que las personas en entornos de baja complejidad o en ámbitos en que el volumen de datos es elevado. En cambio, en entornos con gran incertidumbre o con datos poco precisos o de baja calidad, los errores de la IA pueden ser superiores a los humanos.¹¹

Por otra parte, la vigilancia humana constituiría una segunda técnica reguladora para controlar la IA. A diferencia de la reserva de humanidad, el papel humano ahora sería el de garantizar el correcto funcionamiento del sistema para evitar la violación de derechos o intereses legítimos de los ciudadanos afectados por el uso de la inteligencia artificial (Ponce Solé, 2023: 199). El objetivo de la vigilancia humana es prevenir o reducir los riesgos para la salud, seguridad o derechos fundamentales que pueden verse afectados por el uso de IA de alto riesgo conforme a su finalidad o cuando se da un uso indebido razonablemente. Esta vigilancia debe efectuarse por el responsable del despliegue bajo las indicaciones del proveedor. Pero no basta la sola vigilancia, ya que quien realice esa función debe tener un nivel suficiente de alfabetización o capacitación en IA y además conocer el contexto previsto para su uso (Ponce Solé, 2024: 194-196).

Para nosotros, la relevancia de los conceptos enunciados en este acápite se traduce en que las eventuales infracciones a la reserva de humanidad o a la vigilancia humana podrían configurar los vicios de incompetencia o ausencia de autoridad administrativa debidamente investida para adoptar o controlar tales decisiones. Empleamos esta última nomenclatura (y no vicio de falta de investidura) ya que estaríamos frente a un fenómeno nuevo para el derecho, referido a la ausencia de una persona humana investida de potestad para adoptar decisiones administrativas. En el mismo sentido, una eventual infracción a la reserva legal para el establecimiento de decisiones automatizadas podría configurar un vicio de falta de competencia para adoptar una decisión

10. Cabe referir que la decisión humana de excluir el uso de la inteligencia artificial de ciertos ámbitos especialmente sensibles para el estado de derecho, en principio, le correspondería al legislador. Esto se ve reforzado por la circunstancia de que los ejemplos ofrecidos por el autor dicen relación con decisiones legislativas en el ámbito de las potestades discrecionales administrativas. Sin embargo, compartimos la opinión de una de las revisoras del trabajo en el sentido de que no parece correcto excluir la reserva de humanidad en el ámbito de potestades regladas, sobre todo si la decisión versa sobre bienes jurídicos de especial trascendencia o existe riesgo de afectaciones significativas a intereses públicos o privados.

11. Véase Cerrillo Martínez, 2023: 534.

de tal naturaleza considerando, especialmente, los riesgos de error asociados a dicha automatización.

No debe confundirse la ausencia de supervisión humana con una supervisión humana deficiente. La primera hipótesis —esto es, la omisión total de intervención de una autoridad investida de competencia— puede constituir un vicio estructural del acto vinculado a la falta de titularidad de potestad decisoria, aproximándose así a una causa de invalidez por ausencia de órgano competente. En cambio, la segunda categoría se configura cuando la autoridad formalmente competente incurre en un control superficial, mecánico o acrítico del resultado emitido por el sistema automatizado, ya sea por efecto del denominado *sesgo de automatización* o *sesgo de complacencia*. En este supuesto, no se trata de que falte la autoridad competente, sino que su actuación resulta jurídicamente deficiente, pudiendo comprometer la validez del acto por apreciación errónea de los hechos o falta de congruencia entre la justificación y el contenido del acto, categorías que abordaremos en las páginas siguientes.

Potencial impacto de la inteligencia artificial en los elementos objetivos de los actos administrativos

Elementos objetivos de los actos administrativos

Siguiendo con nuestro esquema, un segundo nivel para el control de la actuación administrativa apoyada en IA es el análisis de sus elementos objetivos. Estos elementos atienden al acto en sí mismo y consisten en: i) los motivos de hecho y derecho en que se basa la decisión; ii) el objeto o pronunciamiento final de la autoridad; y iii) el fin de la potestad (Cordero Quinzacara, 2023: 530-536).

Los motivos son concebidos como las razones que justifican el acto. Estas razones comprenden los elementos de hecho y los fundamentos jurídicos de la decisión (Bermúdez Soto, 2014: 149). Sin embargo, el examen de juridicidad de los motivos de la actuación administrativa formal está lejos de ser una labor simple, ya que existen varios factores que complejizan su escrutinio. En efecto, podrían configurarse vicios no solo en relación al establecimiento de los hechos (en sentido estricto), sino que también a su errónea calificación jurídica. Además, la existencia de potestades discrecionales torna especialmente relevante el control sobre los motivos que justificarían las decisiones administrativas.¹²

Es importante precisar que no deben confundirse los motivos con la motivación. Esta última categoría se traduce en la expresión de los motivos en el acto respectivo y es concebida, por algunos autores, como un presupuesto formal de la actuación administrativa, a diferencia de los motivos en sentido propio que son identificados como un presupuesto objetivo (Valdivia Olivares, 2018: 222, y Morales Espinoza, 2019: 24-25). En consecuencia, «una cosa es la expresión externa de las razones que sirven de funda-

12. Véase Cordero Quinzacara, 2013: 200.

mento a la decisión y otra muy distinta son las razones mismas» (Fernández Rodríguez, 2008: 84).

El vicio en los motivos puede presentarse, entonces, por su ausencia o ilegalidad. La primera de estas categorías se verifica en el caso de que no concurren los presupuestos de derecho y de hecho necesarios para su dictación. La segunda comprende: i) la errónea interpretación de la ley; ii) falsedad de los hechos; iii) su errónea apreciación y/o iv) errada calificación jurídica (Cordero Quinzacara, 2023: 531).

Por su parte, el objeto del acto administrativo se traduce en «la manifestación concreta de la potestad, ya sea esta una declaración de voluntad, juicio o constancia» (Cordero Quinzacara, 2013: 201). En muchos casos, el objeto será ilegal como consecuencia de un vicio en los motivos, pero también puede ser que la ilegalidad solo recaiga en el objeto, ocasionada por una falta de coherencia entre objeto y motivos. En este orden de ideas, existe una íntima relación entre objeto y motivo, pues este último elemento debe poder justificar el primero. Por lo mismo, el análisis acerca de la juridicidad del objeto es relevante también en el contexto del control de potestades discrecionales (Valdivia Olivares, 2018: 224).

En opinión de Cordero Quinzacara (2023: 533-534), la ilegalidad en el objeto plantea aspectos de mucho interés. El autor estima que este elemento se relaciona con instituciones como: i) la violación de ley de fondo, en aquellos casos en que el acto administrativo contradice lo prescrito por la ley; ii) la irretroactividad de los actos administrativos de contenido desfavorable contemplada en el artículo 52 de la Ley 19.880; y iii) el respeto a los principios generales de derecho en el control de potestades discrecionales (tales como no discriminación, proporcionalidad y buena fe).

Por otra parte, la ilegalidad en relación al fin se analiza doctrinaria y jurisprudencialmente bajo la nomenclatura de *desviación de poder*. Este vicio se verifica frente a «la utilización por una autoridad administrativa de sus poderes en razón de un fin diverso de aquel para el cual estos le han sido conferidos» (Jara Schnettler, 2013: 211-212). Es relevante destacar que no es necesario que el fin perseguido por la administración sea ilícito, ya que, aun en el evento de que se busque satisfacer un fin lícito o conveniente, «solo la adecuación o congruencia entre el fin subyacente en la potestad y finalidad que motiva la actuación administrativa determinará la legalidad del respectivo acto» (Lledó Veloso y Pardo Donoso, 2013: 141). Nuestra jurisprudencia judicial ha sido clave en el desarrollo de esta causal y la ha aplicado especialmente en el control de actos discrecionales en contextos como el término anticipado de empleo a contrata,¹³ la mo-

13. La motivación expresada en el acto impugnado no guarda ninguna relación con el motivo esgrimido por la autoridad con afán conclusivo en la actuación administrativa objetada, consistente en que los servicios del recurrente «no son necesarios». Esta fórmula de despido se relaciona con un hecho objetivo, prescindiendo de elementos subjetivos que guarden relación con la persona que sirve el cargo, configurándose así lo que la doctrina denomina *desviación de fin o poder*. (Corte Suprema, 23 de abril de 2024, rol 175.305-2023).

dificación de ordenanzas municipales¹⁴ o la revocación de un permiso municipal para la ocupación de un bien nacional de uso público cuando ello no ha estado motivado en el interés general,¹⁵ por mencionar algunos ámbitos.

El impacto de la inteligencia artificial en los elementos objetivos

Como puede apreciarse, los elementos objetivos se vinculan con la legalidad interna de los actos administrativos, dimensión que guarda relación con la adaptación de su contenido a la legalidad (Valdivia Olivares, 2018: 220). Tal contenido se debe enlazar con la finalidad que justifica la atribución de la respectiva potestad y de las razones de la decisión misma.

La estrecha relación existente entre los motivos y el objeto del acto administrativo (conforme a lo referido en el acápite anterior) justifica abordar conjuntamente algunos problemas que la IA podría significar en la juridicidad de ambos elementos. Se trata de la discriminación algorítmica, los sesgos algorítmicos y las alucinaciones de los sistemas de inteligencia artificial.

Antijuricidad en los motivos y objeto del acto derivados de discriminación y sesgos algorítmicos

Las herramientas de inteligencia artificial pueden generar decisiones defectuosas o sesgadas y así discriminar a determinados grupos del mismo modo en que pueden hacerlo las decisiones humanas. Esta nociva potencialidad incide en la necesidad de controlar adecuadamente tales decisiones (Berning Prieto, 2023: 115). Este fenómeno plantea un gran desafío para la judicatura, en orden a tomar conciencia de estos problemas con la finalidad de mitigar su impacto negativo y, en definitiva, evitar la discriminación derivada de la utilización de sistemas de inteligencia artificial (Corvalán, 2023: 18). En otras palabras, es necesario que la judicatura cuente con alfabetización digital o capacitación adecuada para poder controlar con mayor eficacia los problemas asociados al uso de la IA por las administraciones públicas. Ponce Solé (2024: 206-207) ha enfatizado que el control sobre la determinación administrativa de los hechos decisivos debe realizarse analizando los datos manejados por el sistema y, en especial, que estos datos sean suficientemente representativos de la realidad, fiables, ciertos y exentos de sesgo.

En ese contexto, es necesario comprender, en primer término, los conceptos de discriminación y sesgos algorítmicos. El primero dice relación con un fenómeno jurídico que se produce cuando los sistemas automatizados contribuyen a un trato diferente injustificado o, en su caso, un impacto que desfavorece a las personas en función de categorías sospechosas. Por otra parte, el sesgo algorítmico se ha definido como «una anomalía en la salida de los sistemas de IA, debido a los prejuicios o suposiciones erró-

14. Corte Suprema, 29 de diciembre de 2016, rol 55.119-2016.

15. Corte Suprema, 29 de diciembre de 2014, rol 24.615-2014.

neas realizadas durante el proceso de desarrollo del sistema o prejuicios en los datos de entrenamiento, por lo que los resultados del sistema de IA no pueden generalizarse ampliamente» (Cotino Hueso, 2023: 260).

Para Cotino Hueso, el análisis jurídico de la discriminación y los sesgos algorítmicos se superpone con el control de la arbitrariedad y la discrecionalidad administrativa, en la medida que no se constaten criterios o categorías sospechosas de discriminación. En este escenario, será relevante que las decisiones en las que incide la inteligencia artificial estén debidamente motivadas y respaldadas con datos objetivos, dimensión que debe ser analizada conforme a los principios de transparencia algorítmica y explicabilidad del sistema. Sin embargo, frente a la concurrencia de algún criterio sospechoso, se provocaría una especie de superposición entre la garantía de igualdad y la normativa sobre protección de datos personales, lo que generaría un estatuto más garantista que el control de arbitrariedad. No obstante, si existe norma legal que habilite o autorice al sistema de IA a considerar algún criterio sospechoso para la adopción de la respectiva decisión, esta deberá ser controlada bajo el prisma del principio de proporcionalidad, con especial énfasis en su justificación en función de una finalidad legítima (2023: 298-303).¹⁶ El autor sostiene, entre otros aspectos, la necesidad de atribuir al responsable del algoritmo público la carga de la prueba de la justificación racional de la decisión, en caso de que se constaten indicios de discriminación (2023: 308-311). Además, subraya que, en caso de que no se pueda prevenir la ocurrencia de discriminación algorítmica, no solo se deben adoptar medidas de mitigación, modulación, corrección e incluso cese de uso del sistema de inteligencia artificial público, ya que también podría determinarse la nulidad o anulabilidad de la decisión respectiva o incluso de la norma administrativa o instrumento que haya formalizado la causa de discriminación (2023: 330-334).

En ese orden de ideas, para nosotros el control de la invalidez de los actos administrativos constituye una perspectiva metodológica que permite abordar los problemas asociados a los sesgos y la discriminación algorítmica como un vicio del acto administrativo. Esta circunstancia es relevante, pues permite identificar el mecanismo concreto para la tutela judicial de quienes resulten afectados. Así, la constatación de los

16. Cabe destacar que la discriminación puede tener origen en: i) los datos de entrenamiento, cuando reproducen sesgos estructurales presentes en la realidad social; ii) las reglas de decisión codificadas en el algoritmo si incorporan segmentaciones que, aun siendo aparentemente neutrales, producen efectos diferenciadores injustificados; y iii) los resultados mismos del sistema, cuando revelan disparidades no amparadas por el ordenamiento jurídico. A pesar de ello, para nosotros lo determinante no será exclusivamente el origen técnico del sesgo, sino también su impacto sobre los elementos objetivos del acto administrativo, particularmente, los motivos y el objeto de la decisión.

En lo que respecta a la detección y control de estas disfunciones, corresponde señalar que, en primer término, el órgano administrativo competente para dictar el acto será también el primer llamado a verificar que la decisión adoptada no adolezca de errores derivados del funcionamiento del sistema algorítmico. Sin embargo, ello, bajo ningún concepto, impide que dichas disfunciones sean objeto de revisión por parte del órgano jurisdiccional competente para controlar la actividad administrativa formal implicada.

problemas anotados podría configurar un vicio de ilegalidad en los motivos, derivado de hipótesis tales como una errónea interpretación de la ley, una errónea apreciación de los hechos, o de su calificación jurídica. En el mismo sentido, podría configurarse un vicio de ilegalidad en el objeto derivada de la comunicabilidad entre el vicio en el motivo y la decisión adoptada.

En definitiva, los vicios en los motivos y objeto de los actos administrativos se configurarían en la medida que la decisión adoptada, con el apoyo del algoritmo público respectivo, considere relevantes variables que para el ordenamiento jurídico no constituyen una justificación razonable de un trato diferente respecto de las destinatarias y destinatarios de tales decisiones.

Las alucinaciones y su incidencia en los motivos y objeto

Un tercer elemento que podría incidir en la juridicidad de las actuaciones administrativas formales son las alucinaciones de los sistemas de inteligencia artificial. Se trata de un «fenómeno en el que un modelo de lenguaje percibe patrones que son inexistentes o imperceptibles para los observadores humanos, creando resultados inesperados o incorrectos» (Spinak, 2023). En aquellos ámbitos en que se usan modelos de lenguaje natural, podría generarse texto aparentemente convincente pero completamente incorrecto. El problema de las alucinaciones es que pueden tener consecuencias importantes en el mundo real. Por ejemplo, en el ámbito médico, una aplicación de inteligencia artificial podría identificar incorrectamente una lesión benigna como maligna, lo que podría conducir a intervenciones innecesarias (Spinak, 2023).

Una ilustración significativa del problema de las alucinaciones, en sentido amplio, es el incidente protagonizado por el militar de la ex Unión Soviética Stanislav Petrov. En septiembre de 1983, Petrov recibió una alerta de lanzamiento de misiles nucleares estadounidenses. Sin embargo, consideró que se trataba de una falsa alarma y decidió no activar las medidas de contraataque ni alertar a sus superiores. Este hecho fue desclasificado años más tarde y, para muchos, salvó al mundo de una guerra nuclear.¹⁷ Este ejemplo no solo es relevante para comprender el concepto de alucinaciones, ya que permite comprender también la especial relevancia de la supervisión humana.

Ahora bien, volviendo al ámbito de nuestra investigación, las alucinaciones en las respuestas generadas por algoritmos públicos pueden significar errores respecto a los antecedentes fundantes de la decisión (o su calificación jurídica). Esto incide en que si se dicta el acto administrativo sobre la base de tales errores, podría verificarse un vicio de ilegalidad en los motivos, lo que, en consecuencia, provocar su invalidez. Además, la juridicidad en el objeto podría verse mermada en la medida que los sistemas de

17. G. M., Abel, «El hombre que evitó una Tercera Guerra Mundial y un holocausto nuclear », *Historia National Geographic*, 25 de septiembre de 2024, disponible en <https://tipg.link/g9ST>. Véase también: BBC Mundo, «Muere a los 77 años Stanislav Petrov, el hombre que salvó al mundo de una guerra nuclear entre la Unión Soviética y Estados Unidos», *BBC News Mundo*, 19 de septiembre de 2017, disponible en <https://tipg.link/g9SV>.

inteligencia artificial generen como *output* o respuesta una decisión totalmente desconectada de los motivos. Tal hipótesis configuraría, siguiendo la tipología acuciada por Cordero Quinzacara (2013: 201), un vicio de ilegalidad en el objeto por su incongruencia con los motivos. Este fenómeno, en nuestro concepto, puede ser calificado como un defecto *non sequitur* en la justificación interna del acto administrativo, ya que la conclusión (decisión) no se derivaría lógicamente de las premisas (motivos).

Fin de la potestad y tratamiento de datos personales

En nuestro concepto, el análisis de la juridicidad del fin de las potestades públicas plantea algunos problemas con el fenómeno de la protección en el tratamiento de datos personales por parte de la Administración. En efecto, a nivel comparado, la ausencia de regulación respecto al uso de IA ha incidido en la aplicación de la normativa sobre protección de datos personales como primera respuesta ante los riesgos asociados a esta tecnología. Esto se debe a que «los datos son un elemento imprescindible para su funcionamiento» (Valero Torrijos, 2023: 388). Este fenómeno ha sido estudiado en el derecho de la Unión Europea (Consejo de Europa, 2022: 45).¹⁸ En este contexto, el aludido artículo 22 del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea proscribire la toma de decisiones basada únicamente en el tratamiento automatizado de datos personales.

En el derecho comparado se ha sostenido que los actos administrativos fundamentados en un sistema de inteligencia artificial son nulos (entre otras hipótesis) si en la adopción de la decisión no se respeta el principio de finalidad y el límite temporal de conservación de los datos utilizados para entrenar algoritmos (ambos contemplados en el artículo 5 del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea). Esto en la medida que estas circunstancias incidan en el contenido del acto administrativo (Valero Torrijos, 2023: 389). En nuestro sistema, las recientes modificaciones introducidas por la Ley 21.719 incorporaron en el literal b) del artículo 3 de la Ley 19.928 el principio de estricta finalidad. En efecto, este precepto establece que «los datos personales deben ser recolectados con fines específicos, explícitos y lícitos» y, en consecuencia, «el tratamiento de los datos personales debe limitarse al cumplimiento de estos fines». El inciso segundo proscribire el tratamiento de datos con fines distintos a los informados al momento de la recolección, salvo que tales fines sean compatibles con los autorizados originalmente; que se enmarque dentro de los fines de un contrato previo o tratativas preliminares entre el titular y el responsable de los datos; que el titular otorgue nuevamente su consentimiento, y/o que lo disponga expresamente la ley. La operatividad de este precepto en el sector público se ve expresamente refrendada por el artículo 21 de dicho texto legal. Este precepto dispone que «el tratamiento de los datos personales que realicen los órganos públicos se rige por los principios establecidos en el artículo 3 de esta ley y los principios generales que rigen la Administración del Estado,

18. Disponible en <https://tipg.link/g9Sd>.

especialmente los principios de coordinación, probidad y eficiencia». Como complemento de estas disposiciones, el artículo 22 establece expresamente la posibilidad de que un órgano público pueda:

Comunicar o ceder datos personales específicos, o todo o parte de sus bases de datos o conjuntos de datos, a otros órganos públicos, siempre que la comunicación o cesión de los datos resulte necesaria para el cumplimiento de sus funciones legales y ambos órganos actúen dentro del ámbito de sus competencias. La comunicación o cesión de los datos se debe realizar para un tratamiento específico y el órgano público receptor *no los podrá utilizar para otros fines* [énfasis propio].

En consonancia con esta última idea, bajo nuestra perspectiva, la aplicación del principio de estricta finalidad trasunta la posibilidad de declarar la nulidad de un acto administrativo por desviación del fin. Esto en la medida que el mismo sea adoptado sobre la base de datos personales recolectados por la Administración para fines diversos de aquellos relacionados con la emisión del acto administrativo. Sin embargo, este planteamiento requiere de algunas precisiones. En efecto, el artículo 20 de la Ley 19.628 (modificado por la Ley 21.719) autoriza a los órganos públicos al tratamiento de datos para el cumplimiento de sus funciones legales, dentro del ámbito de sus competencias, sin que deban requerir el consentimiento del titular. Si bien podría estimarse que dicho precepto es incompatible con la última parte del inciso primero del artículo 24 bis de la Ley 19.880,¹⁹ en aquella parte que impone a la administración la obligación de pedir autorización al interesado en el evento de que la información que requiera de otro órgano administrativo contenga datos sensibles, estimamos que es posible sostener una interpretación conforme entre ambos preceptos que evite el surgimiento de una aparente antinomia.

Esto se explica, entre otras circunstancias, porque si bien la Ley 21.719 introdujo modificaciones sustanciales en el artículo 20 de la Ley 19.628,²⁰ consideramos que la reforma legal no contempló cambios decisivos en lo concerniente a la exención de autorización para el tratamiento de datos personales por parte de organismos públicos. En efecto, el aludido artículo 20 establecía que no sería necesario el consentimiento del titular (en la medida que el órgano actuara dentro de su competencia y con sujeción a la Ley 19.628). Sin embargo, creemos que no resultaría correcto estimar que la nueva

19. «En virtud de los principios de interoperabilidad y cooperación, en todo procedimiento administrativo los órganos de la Administración del Estado que tengan en su poder documentos o información respecto de materias de su competencia, que sean necesarios para su conocimiento o resolución, deberán remitirlos por medios electrónicos a aquel órgano ante el cual se estuviere tramitando el respectivo procedimiento, que así lo solicite. No obstante, se requerirá previa autorización del interesado en los términos indicados en la letra f) del artículo 30, en el caso de que dichos documentos o información contengan datos sensibles de aquel interesado, ya sea que estén incluidos o no en bases de datos personales, de conformidad con lo establecido en el artículo 30».

20. En ese sentido, véase Contreras y otros 2024: 69.

redacción del artículo 20 tenga la aptitud de significar una derogación tácita del artículo 24 bis de la Ley 19.880, ya que la nueva regulación no es incompatible con la anterior.

Lo anterior se ve refrendado por la circunstancia de que las modificaciones introducidas por la Ley 21.719 al artículo 24 de la Ley 19.628 consagran un régimen especial para el tratamiento de datos sensibles en los siguientes contextos: i) prevención y persecución penal, ejecución de sanciones penales y seguridad pública; ii) seguridad y defensa nacional, y política exterior; iii) situaciones de emergencia o catástrofe; y iv) datos protegidos por normas de secreto, reserva o confidencialidad. Este régimen especial faculta a los órganos estatales para:

Tratar, ceder y comunicar datos personales de forma lícita, siempre y cuando se realice para el cumplimiento de sus funciones legales, dentro del ámbito de sus competencias y respetando las garantías fundamentales establecidas en el artículo 19, número 4, de la Constitución Política de la República y los principios establecidos en el artículo 3.

Bajo nuestra óptica, la existencia de este régimen especial respecto de hipótesis específicas para el tratamiento de datos sensibles refrenda la operatividad, en términos generales, del artículo 24 bis de la Ley 19.880 respecto de datos sensibles que no forman parte del referido régimen especial.

A modo de colofón, estimamos que la exención de consentimiento prevista en el artículo 20 de la Ley 19.628 (introducido por la Ley 21.719) se aplica únicamente respecto de datos personales comunes, en la medida que dicho tratamiento se realice para el cumplimiento de las funciones legales del órgano respectivo. En cambio, cuando se trate de datos sensibles no sometidos a régimen especial, la regla general continúa siendo la exigencia del consentimiento expreso del titular, salvo que exista una habilitación legal expresa que permita lo contrario. En definitiva, consideramos que la omisión de autorización del titular de datos sensibles no sujetos a régimen especial por parte de las administraciones públicas podría acarrear la nulidad de un acto administrativo ante una desviación de la finalidad estricta que habría dado pábulo a la recolección de los datos que sirvieron de antecedente de la decisión. Sin embargo, creemos que la falta de autorización también podría estimarse como una omisión de un requisito formal de carácter esencial en el contexto del procedimiento administrativo precedente al acto terminal. Esta circunstancia, en todo caso, también podría determinar su nulidad en la medida que provoque perjuicio a quienes resulten interesados en los términos contemplados en el artículo 13 inciso tercero de la Ley 19.880. Dicho lo anterior, surge la duda de si puede configurarse una afectación al principio de estricta finalidad en relación al tratamiento de datos que no tengan el carácter de sensibles. Estimamos que la respuesta es afirmativa, toda vez que las modificaciones introducidas por la Ley 21.719 a los artículos 20, 21, 22 y 24 de la Ley 19.628 no contemplan un margen absoluto de libertad a la Administración para el tratamiento de datos. La idea esencial reiterada en dichos preceptos es que los datos objeto del tratamiento deben ser necesarios para el cumplimiento de las funciones legales del órgano respectivo, el que deberá actuar dentro del ámbito de sus competencias. Es por ello que el tratamiento o comunicación de datos

personales fuera del ámbito de competencias del órgano o sin relación a las funciones legales podría también configurar la invalidez del acto administrativo, por infracción al principio de estricta finalidad en el tratamiento de datos personales. Este vicio podría ser analizado tanto desde la perspectiva de la desviación de poder como de la ilegalidad en los motivos fundantes de dicho acto.

Para finalizar este acápite, cabe señalar que la existencia del derecho de acceso, rectificación y oposición del titular de datos, contemplado en el artículo 23 de la Ley 19.628 (introducido por la Ley 21.719), así como el reclamo de ilegalidad previsto en dicho precepto no excluyen la posibilidad en orden a declarar la invalidez de decisiones administrativas adoptadas sobre la base de datos usados con infracción al principio de estricta finalidad en el contexto de procesos judiciales articulados para la impugnación de tales actos administrativos. Esto se debe a que, en nuestro concepto, el derecho contemplado en el artículo 23 constituye una forma de tutela que no constituye, por sí sola, un medio general de impugnación de actos administrativos. Su objeto es la protección individual en el ámbito de los datos personales, sin que ello constriña el ejercicio de acciones contencioso-administrativas cuando se impugnan decisiones adoptadas en el ejercicio de potestades públicas.

Potencial impacto de la inteligencia artificial en los elementos formales de los actos administrativos

La legalidad formal de los actos administrativos dice relación con el procedimiento administrativo, la forma de la actuación y la motivación (Bermúdez Soto, 2014: 553). En relación con estos elementos, es relevante destacar que el inciso tercero del artículo 13 de la Ley 19.880 establece el principio de trascendencia, no formalización o esencialidad del vicio de forma y/o procedimiento. En síntesis, implica que solo se verá afectada la validez del acto si el vicio recae en un elemento esencial y provoca perjuicios al interesado.

El impacto de la inteligencia artificial en el procedimiento administrativo

Para Cordero Quinzacara (2023: 610), el procedimiento administrativo es una de las instituciones fundamentales del derecho administrativo, ya que otorga a los ciudadanos seguridad y garantía de racionalidad en el ejercicio de los poderes públicos. Además, su finalidad es la satisfacción de las necesidades colectivas de forma rápida, ágil y flexible, en consonancia con los mandatos que emanan del principio constitucional de servicialidad. El procedimiento administrativo implica que las decisiones públicas deben ser adoptadas sobre la base de buenas razones. Las reglas procedimentales permiten la exposición de tales razones y su discusión, lo que posibilita descartar intereses contrarios al interés general. Esto incide en que la motivación debe permitir acreditar que los antecedentes en que se basa la decisión sean adecuados en relación con la finalidad perseguida y que se considere la realidad específica de sus destinatarios (Cordero Vega, 2020: 107-108).

Ahora bien, en el ámbito de las decisiones adoptadas con apoyo de inteligencia artificial, la doctrina española ha sostenido que es necesario no solo controlar la regularidad del procedimiento administrativo precedente al acto terminal, ya que también debe ser posible controlar el procedimiento de evaluación, aprobación, supervisión y revisión de los algoritmos (Ponce Solé, 2024: 204). Se trata de un procedimiento previo, pero, a su vez, vinculado al procedimiento administrativo en que se adopta la decisión. En este control, se torna necesario analizar, entre otros factores: i) las especificaciones técnicas, programación, mantenimiento, supervisión, control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema y de su código fuente; ii) el órgano encargado de tales definiciones; iii) el órgano responsable del sistema para efectos de eventuales impugnaciones; iv) el impacto respecto a la protección de datos personales; v) eventuales vulneraciones al principio de proporcionalidad en relación a los beneficios y riesgos asociados al uso de inteligencia artificial; y vi) la supervisión humana adecuada, (Ponce Solé, 2024: 205-206).

Este vínculo entre el procedimiento administrativo para la adopción de la decisión y el procedimiento para la definición de aspectos esenciales para la implementación y uso de algoritmos públicos denota la relevancia de la transparencia algorítmica. Este principio se traduce en la «posibilidad de conocer la existencia de procesos decisionales automatizados y de su lógica de funcionamiento» (Martín Delgado, 2023: 153). Su importancia radica en la posibilidad de auditar y supervisar los datos que entran en el sistema, su procesamiento y lectura en el contexto de toma de decisiones. Lo anterior con el fin de minimizar el riesgo de discriminación algorítmica, decisiones arbitrarias y, eventualmente, establecer responsabilidades cuando estos procesos entregan resultados no concluyentes, utilizan datos incorrectos o arrojan resultados injustos (Consejo para la Transparencia, 2020: 9).

El Consejo para la Transparencia, en su Resolución Exenta número 372 del 12 de agosto de 2024, define la transparencia algorítmica como una:

Herramienta consistente en la publicación que permita conocer la existencia, modo de interacción, objetivos, finalidades, funcionamiento, resultados, datos y otras cualidades o informaciones mínimas, de los antecedentes generales y relevantes de los sistemas de decisiones automatizadas y semiautomatizadas, que busquen prevenir resultados injustos, arbitrarios o que afecten indebidamente derechos fundamentales. Esta transparencia debe respetar los demás derechos y principios consagrados en el ordenamiento jurídico y, particularmente, las causales de secreto o reserva establecidas en el artículo 8 de la Constitución Política y en el artículo 21 de la Ley de Transparencia, y las disposiciones que otorgan derechos, contenidas en la Ley 19.628 (*sic*).

En este orden de ideas, si bien la transparencia algorítmica se encuentra estrechamente relacionada con la garantía de igualdad (pues persigue evitar decisiones discriminatorias, injustas y arbitrarias), su dimensión formal la torna un elemento necesario y esencial para el escrutinio del procedimiento administrativo precedente del acto terminal. Además, su relevancia se manifiesta aún más en el análisis de la incidencia del

acierto y regularidad del procedimiento administrativo previo que incide en el uso de algoritmos por la Administración pública. Esto último es importante si se considera que «la detección de errores de programación también será tarea judicial» (Ponce Solé, 2024: 207).

Si bien la transparencia algorítmica presenta una dimensión sustantiva en cuanto permite el control del contenido y los motivos del acto administrativo, su dimensión formal justifica su análisis en el marco del procedimiento administrativo. Esto se debe a que la transparencia algorítmica contribuye a la función deliberativa del procedimiento, ya que permite la exposición, contraste y justificación racional de los elementos que conforman la decisión pública. En este contexto, la opacidad de los procedimientos administrativos previos a la emisión de un acto fundado en sistemas de inteligencia artificial puede configurar un vicio formal de carácter esencial, atendida la especial necesidad de prevenir o mitigar los riesgos inherentes al uso de estos sistemas por parte de la Administración. Lo anterior reviste especial relevancia, ya que, conforme a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 13 de la Ley 19.880, la infracción de las normas procedimentales puede determinar la invalidez del acto administrativo en la medida que irroque perjuicio al interesado.

El impacto de la inteligencia artificial en la forma de la actuación

Respecto a la forma en que se materializa la decisión, pretendemos centrar nuestro análisis en un interesante debate en orden a la impugnabilidad de decisiones adoptadas en ejercicio de potestades públicas que no se formalizan mediante decretos o resoluciones. En ese orden de ideas, la jurisprudencia ha aplicado un «principio de realidad» y ha estimado, en definitiva, que los oficios deben ser considerados actos administrativos para efectos de su impugnación si en ellos se adoptan decisiones de tipo potestativo (Cordero Vega, 2015: 250). En el mismo sentido, ha sostenido que constituyen actos administrativos para tal efecto las actas de observaciones en materia urbanística, los convenios administrativos, las notificaciones e incluso los correos electrónicos (Morales Espinoza, 2023: 52-58).

Lo anterior es significativo ya que si extrapolamos esta perspectiva al contexto del uso de inteligencia artificial por las administraciones públicas, es plausible sostener que lo relevante para el control jurídico de la actividad algorítmica será la adopción de decisiones en ejercicio de potestades públicas y no la forma o nomenclatura del instrumento en que se contengan tales decisiones. Sin embargo, la aplicación del criterio jurisprudencial referido podría tener consecuencias implícitas importantes. En nuestra opinión, la relativización del incumplimiento de presupuestos formales, en sentido estricto y admitiendo la impugnabilidad de las decisiones contenidas en distintos tipos de instrumentos, podría llevar a estimar que ese tipo de omisiones no recaen sobre elementos esenciales del acto, o bien no son vicios susceptibles de provocar perjuicios a las personas interesadas, en los términos requeridos por el artículo 13 inciso tercero de la Ley 19.880, para declarar la nulidad de un acto administrativo. No obstante, esti-

mamos que el principio de realidad en el contexto del contencioso administrativo de impugnación constituye una premisa fundamental para el escrutinio de juridicidad de los distintos elementos que componen las decisiones administrativas adoptadas a través de una amplia y pluriforme gama de algoritmos públicos, independiente de la forma en que se contengan tales decisiones.

El impacto de la inteligencia artificial en la motivación

La motivación del acto constituye un medio técnico de control de la causa del acto. Este elemento debe dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión. Por ello, no es suficiente sustituir un concepto jurídico indeterminado contemplado en la ley por otro igualmente indeterminado (en el acto que se dicte). En definitiva, se debe justificar la aplicación de los conceptos legales a las circunstancias fácticas singulares del caso (García de Enterría y Fernández Rodríguez, 2015: 606).

Elucidado lo anterior, cabe indicar que se ha sostenido que los sistemas algorítmicos deben quedar sometidos a control jurídico y a las garantías propias del procedimiento administrativo, como la transparencia y la motivación. Esta exigencia es pregonable en la medida que la IA contribuya, de cualquier modo, a determinar el contenido de la decisión administrativa y no solo cuando tales decisiones se adopten de forma automatizada. Tal exigencia de motivación debe permitir explicar el uso del algoritmo y la influencia que ha ejercido en la decisión, para que los interesados y la judicatura sean capaces de comprobar que su funcionamiento ha sido correcto y ajustado a la ley (Mir Puigpelat, 2023: 694).

En ese orden de ideas, el control judicial debe comprobar que la motivación de la decisión final adoptada con inteligencia artificial explique la incidencia que habría tenido el sistema algorítmico en ella y demostrar que no se han producido sesgos cognitivos, ilusión correlacional o alucinación estadística o automatización. Por ello, será insuficiente una motivación que simplemente se remita al sistema algorítmico. Además, debe justificarse en qué medida el sistema o el ser humano decisor ha considerado los *inputs* proporcionados, así como también si la decisión humana aceptó o no las sugerencias de la IA en la decisión final (Ponce Solé, 2024: 207). En definitiva, la incorporación de inteligencia artificial a la gestión pública requiere que tales sistemas sean capaces de garantizar que las decisiones que se adopten estén respaldadas por los hechos determinantes sobre los que incide la decisión administrativa, escrutinio que requiere la debida transparencia y explicabilidad del sistema (Gamero-Casado, 2023: 433).

Para la Unesco (2022: 23), la explicabilidad de los sistemas de inteligencia artificial se refiere a «la inteligibilidad de la entrada, salida y funcionamiento de cada componente algorítmico y la forma en que contribuye a los resultados de los sistemas». Este principio se encuentra estrechamente relacionado con la transparencia, ya que «los resultados y subprocesos que conducen a ellos» deben ser comprensibles, trazables y apropiados al contexto. Se trata de uno de los principios fundamentales de la gobernanza algorítmica, ya que contribuye a la rendición de cuentas por parte de la Admi-

nistración pública y a la generación de confianza de la ciudadanía respecto al uso de IA (Ortiz de Zárate Alcarazo, 2022: 340-341).

Ahora bien, el grado de explicabilidad dependerá del contexto y gravedad de las consecuencias derivadas de un resultado erróneo o inadecuado (Comisión Europea, 2018: 16). En ese sentido, se ha sostenido que no deben exigirse de las actuaciones automatizadas requerimientos que no se demandan de esas mismas actuaciones cuando son realizadas por humanos. Por ejemplo, no sería lo mismo «automatizar la imposición de sanciones o la revocación de beneficios sociales que emplear algoritmos para identificar posibles infracciones y fraudes sobre los que iniciar las correspondientes investigaciones y procedimientos» (Mir Puigpelat, 2023: 693).

La relevancia de la motivación y explicabilidad no son solo objeto de análisis doctrinario. La jurisprudencia comparada ha tenido oportunidad de estudiar la importancia de estos conceptos en el contexto del uso de algoritmos por las administraciones públicas. En ese orden de ideas, el Tribunal Supremo Administrativo de la República Checa resolvió que la existencia de un sistema automatizado de tratamiento de datos contemplado legalmente (en el ámbito de las prestaciones por necesidad material) no exime a la autoridad administrativa de la obligación de motivar adecuadamente sus decisiones (Consejo de Europa, 2022: 36). En un sentido similar, el Consejo de Estado italiano se ha pronunciado sobre la exigencia de motivación de actuaciones administrativas basadas en algoritmos en dos sentencias que anularon decisiones administrativas que incumplieron tal requisito. Se trata de las sentencias 2270 del 8 de abril de 2019 y 8472 del 13 de diciembre de 2019. En esta última, la judicatura exigió un «pleno conocimiento del módulo utilizado y de los criterios aplicados», lo que comprendería desde sus autores hasta el procedimiento aplicado para su elaboración, el mecanismo de decisión, prioridades asignadas en el procedimiento de evaluación y toma de decisiones, y los datos relevantes. Esto tendría por finalidad permitir verificar que los criterios, condiciones y resultados del procedimiento robótico cumplen con las prescripciones y las finalidades establecidas por la ley o por la propia Administración (Gamero-Casado, 2023: 434).

En ese contexto, la decisión administrativa automatizada exige que el juez valore la corrección del proceso informatizado en todos sus componentes, desde su construcción, pasando por la introducción de datos, su validez y gestión. Además, el juez debe poder escrutar la propia lógica y razonabilidad de la decisión administrativa robotizada, es decir, «la regla» que rige al algoritmo.²¹

Como puede apreciarse, los pronunciamientos referidos precedentemente evidencian que la estrecha relación entre la motivación del acto administrativo y la explicabilidad de los sistemas de inteligencia artificial es un aspecto relevante para la justicia administrativa a la hora de definir la premisa normativa aplicable a casos concretos. Esto deja en evidencia la necesidad de comunicar las perspectivas que subyacen a los elementos tradicionalmente empleados en el control de potestades públicas y los nuevos conceptos asociados al uso de inteligencia artificial en el ejercicio de este tipo de potestades.

21. Consejo de Estado de Italia, sentencia 2270 del 8 de abril de 2019.

Reflexiones finales

El uso de inteligencia artificial por parte de las administraciones públicas exige adoptar medidas eficaces para controlar los distintos riesgos y problemas asociados a este fenómeno. Chile no se encuentra ajeno a esto, ya que actualmente existen varias experiencias en el uso de este tipo de herramientas por parte de distintos órganos administrativos. No obstante, la regulación legal se encuentra en un estado incipiente. Si bien actualmente se encuentra pendiente de tramitación un proyecto de ley para regular los sistemas de inteligencia artificial, las recientes modificaciones introducidas a la Ley de Protección de Datos Personales 19.628 por la Ley 21.719 contemplan algunos elementos que contribuyen a controlar algunos riesgos asociados a su uso por parte de las administraciones públicas. Además, a nivel administrativo, existen algunos instrumentos que plantean directrices importantes para la gestión pública apoyada en inteligencia artificial.

Sin embargo, los desafíos que significa la IA no deben ser vistos como un ámbito ajeno a los elementos de control jurídico arraigados en las bases de nuestros sistemas contenciosos administrativos. La operatividad de los principios y los criterios de adjudicación presentes en la teoría del derecho administrativo constituyen elementos relevantes para enfrentar los nuevos desafíos que puede plantear la incorporación de la inteligencia artificial en las decisiones administrativas (o, al menos, para ofrecer una primera respuesta a estos problemas). Esto requiere una interpretación dinámica o evolutiva de la teoría del acto administrativo y sus distintos elementos, en función de los riesgos y problemas que plantea el uso de esta tecnología por las administraciones públicas. De esta forma, la correlación entre los elementos del acto y sus vicios de nulidad constituye una premisa que permite articular una metodología para evaluar el impacto de la IA en la actuación administrativa y definir su juridicidad.

Respecto a la afectación de los elementos subjetivos de los actos administrativos, estimamos que podría configurarse un vicio de incompetencia frente a hipótesis tales como: la adopción de actos administrativos automatizados, sin que exista ley que habilite expresamente a la administración a automatizar tales decisiones, y eventuales infracciones a la reserva de humanidad y vigilancia humana. Esta última podría significar también un vicio de «ausencia de autoridad administrativa debidamente investida» para adoptar o controlar decisiones apoyadas en IA, lo que constituye un fenómeno nuevo para el derecho (en que faltaría la persona responsable de la potestad).

Por otra parte, la inteligencia artificial podría incidir en la juridicidad de los elementos objetivos de la actuación administrativa formal desde varias perspectivas. Atendida la estrecha relación que existe entre motivos y objeto, estos elementos podrían verse afectados de forma simultánea por la presencia de sesgos y discriminación algorítmica, y las alucinaciones de los sistemas de inteligencia artificial. Además, podría configurarse un vicio de desviación del fin, en la medida que el acto administrativo se adopte sobre la base de datos personales (o datos sensibles) recolectados por la Administración para fines diversos de aquellos que justificaron la dictación del acto respectivo. Sin

embargo, el análisis de esta hipótesis debe considerar los mandatos que subyacen a los principios de estricta finalidad en el tratamiento de datos personales (artículo 3 literal b) de la Ley 19.628) e interoperabilidad y cooperación contemplados en la Ley 19.880.

El control respecto de los elementos formales exige el escrutinio no solo de la corrección del procedimiento administrativo precedente del acto terminal, sino también de los procedimientos de evaluación, aprobación, supervisión y revisión de los algoritmos. De esta forma, los eventuales errores de diseño, programación y vigilancia de los algoritmos públicos pueden y deben ser susceptibles de control judicial. Además, ambos procedimientos administrativos deberán cumplir con el principio de transparencia algorítmica que, en síntesis, permitirá auditar y supervisar los datos que entran en el sistema, su procesamiento y lectura, a fin de evitar decisiones injustas, arbitrarias o vulneratorias de derechos fundamentales. A su vez, el principio de realidad respecto a la forma de la actuación administrativa, acuciado en la jurisprudencia judicial, constituye una premisa que permite el escrutinio de juridicidad de las decisiones administrativas adoptadas a través de una amplia y pluriforme gama de algoritmos públicos, independiente de la forma en que se contengan o materialicen tales decisiones.

Por otra parte, el uso de inteligencia artificial por las administraciones públicas requiere una motivación estricta o reforzada, tanto respecto de las decisiones automatizadas como de cuando incida de cualquier forma en la decisión final. Esto se debe a que la motivación se encuentra estrechamente vinculada al principio de explicabilidad de los sistemas de IA. Este, en síntesis, exige que los procesos y resultados de la inteligencia artificial sean comprensibles por parte de los destinatarios de las decisiones y la judicatura llamada a controlarlas. Tanto la motivación como la explicabilidad han sido elementos considerados por la justicia administrativa en el derecho comparado a la hora de definir la premisa normativa aplicable a la resolución de casos concretos relativos al control judicial de actos administrativos dictados con apoyo de IA.

Estimamos que los distintos problemas asociados al uso de la inteligencia artificial, en el contexto de la actuación administrativa formal, inciden en la necesidad de establecer conexiones conceptuales entre estas dificultades y los elementos empleados tradicionalmente en el control de potestades públicas. Ello, a su vez, requiere que la interpretación de tales elementos tenga el suficiente dinamismo para efectos de incorporar los nuevos conceptos asociados al fenómeno objeto de este estudio.

Es preciso señalar que, en nuestro concepto, los elementos de los actos administrativos no deben ser concebidos como compartimentos estancos, ya que muchos de los fenómenos referidos (y otros que podrían suscitarse) pueden interferir en varios de sus elementos de forma simultánea. En ese sentido, cabe recordar, por ejemplo, que la discriminación algorítmica puede incidir paralelamente en los motivos y el objeto del acto. También, la falta de autorización del titular de datos sensibles podría ser calificada como una eventual desviación del fin o vicio de procedimiento esencial. Además, la transparencia y trazabilidad no solo inciden en el procedimiento, sino también en otros elementos como la motivación. En el mismo sentido, la explicabilidad no solo se relaciona con la motivación del acto, ya que puede afectar a sus elementos restantes

de forma significativa. Este carácter pluridimensional de algunos fenómenos jurídicos determina la necesidad de que los distintos tribunales encargados de ejercer justicia administrativa tengan la capacidad de analizar y comprender las distintas formas en que puede concretizarse el impacto de la inteligencia artificial en la juridicidad de los actos administrativos.

Para finalizar, cabe señalar que este trabajo ha tenido por objeto aproximarse a algunas de las problemáticas que plantea la irrupción de la inteligencia artificial en el quehacer de las administraciones públicas y su control jurisdiccional. Sin embargo, no sería correcto soslayar que el fenómeno analizado posee un potencial disruptivo capaz de tensionar múltiples categorías jurídicas consolidadas, lo que demanda respuestas normativas e institucionales aún pendientes de definición. En ese contexto, aspectos tales como el nivel de alfabetización digital de los operadores jurídicos llamados a ejercer funciones de control o las particularidades del fenómeno probatorio en este ámbito son desafíos que no pueden ser abordados en este estado incipiente mediante una interpretación dinámica y funcional de la teoría del acto administrativo. No obstante, el carácter disruptivo de las nuevas tecnologías en la gestión pública puede servir como catalizador necesario para el desarrollo de nuevas perspectivas de gobernanza y control.

Referencias

- ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier (2023). «Actos administrativos». En Francisco Velasco Caballero y M. Mercè Darnaculleta Gardella (directores), *Manual de Derecho Administrativo* (pp. 423-445). Madrid: Marcial Pons.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014). *Derecho Administrativo General*. Santiago: Thomson Reuters.
- BERNING PRIETO, Antonio David (2023). «La naturaleza jurídica de los algoritmos». En Eduardo Gamero-Casado y Francisco Pérez Guerrero (editores), *Inteligencia artificial y sector público: Retos, límites y medios* (pp. 96-130). Valencia: Tirant lo Blanch.
- BOIX PALOP, Andrés (2020). «Los algoritmos son reglamentos: La necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones». *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 1: 223-270. Disponible en <https://tipg.link/g9Sn>.
- CALDERA DELGADO, Hugo (1981). *El acto administrativo. Legalidad, efectos e impugnación*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CERRILLO MARTÍNEZ, Agustí (2023). «Actuación automatizada, robotizada e inteligente». En Francisco Velasco Caballero y M. Mercè Darnaculleta Gardella (directores), *Manual de Derecho Administrativo* (pp. 526-541). Madrid: Marcial Pons.
- CONSEJO DE EUROPA (2022). *ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND ADMINISTRATIVE LAW*. DISPONIBLE EN [HTTPS://TIPG.LINK/G9SD](https://tipg.link/g9Sd).
- CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA (2020). *Transparencia algorítmica. Buenas prácticas y estándares de transparencia en el proceso de toma de decisiones automatizadas*. Santiago. Disponible en <https://tipg.link/g9Sr>.

- CONTRERAS, Pablo, Marcelo Drago y Pablo Viollier (2024). *Compliance y protección de datos personales: Explicación de la nueva Ley N.º 21.719*. Santiago: DER.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo. (2013). «La nulidad de los actos administrativos y sus causales». En Juan Carlos Ferrada (coordinador), *La nulidad de los actos administrativos en el derecho chileno* (pp. 189-207). Santiago: Thomson Reuters.
- . (2023). *Curso de derecho administrativo*. Santiago: Libromar.
- CORDERO VEGA, Luis (2015). *Lecciones de derecho administrativo*. Santiago: Thomson Reuters.
- . (2020). *El derecho administrativo chileno. Crónicas desde la jurisprudencia*. Santiago: DER.
- COTINO HUESO, Lorenzo (2023). «Discriminación, sesgos e igualdad de la inteligencia artificial en el sector público». En Eduardo Gamero-Casado y Francisco Pérez Guerrero (editores), *Inteligencia artificial y sector público: Retos, límites y medios* (pp. 260-351). Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (1969). «Orden público y nulidad de pleno derecho». *Revista de Administración Pública*, 59: 71-128. Disponible en <https://tipg.link/g9Sw>.
- . (2008). *De la arbitrariedad de la Administración*. 5ª ed. Madrid: Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández Rodríguez (2015). *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*. 17ª ed. actualizada. Madrid: Civitas.
- GARCÍA PINO, Gonzalo (2004). *La reserva legal de derechos constitucionales: ¿Poder legislativo contra la administración?* Santiago: Universidad Alberto Hurtado.
- GAMERO-CASADO, Eduardo (2023). «Las garantías de régimen jurídico del sector público y del procedimiento administrativo común frente a la actividad automatizada y la inteligencia artificial». En Eduardo Gamero-Casado y Francisco Pérez Guerrero (editores), *Inteligencia artificial y sector público: Retos, límites y medios* (pp. 397-461). Valencia: Tirant lo Blanch.
- GOBLAB (2024). *REPOSITORIO DE ALGORITMOS PÚBLICOS. INFORME ANUAL 2024*. DISPONIBLE EN [HTTPS://TIPG.LINK/G9SY](https://tipg.link/g9Sy).
- GUILOFF, Matías (2017). «Regulación de los derechos. Reserva de ley». En Pablo Contreras y Constanza Salgado (editores), *Manual de derechos fundamentales. Teoría general* (pp. 257-284). Santiago: Lom.
- JARA SCHNETTLER, Jaime (2004). *La nulidad de derecho público: Doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Libromar.
- . (2013). «Desviación de poder y nulidad de los actos administrativos». En Juan Carlos Ferrada (coordinador), *La nulidad de los actos administrativos en el derecho chileno* (pp. 209-266). Santiago: Thomson Reuters.
- LLEDÓ VELOSO, Camilo y José Pardo Donoso (2013). *El vicio de la desviación de poder en los actos administrativos*. Santiago: Thomson Reuters.
- MARTÍN DELGADO, Isaac (2023). «La aplicación del principio de transparencia a la actividad administrativa algorítmica». En Eduardo Gamero-Casado y Francisco Pérez

- Guerrero (editores), *Inteligencia artificial y sector público: Retos, límites y medios* (pp. 132-194). Valencia: Tirant lo Blanch.
- MIR PUIGPELAT, Oriol (2023). «Algoritmos, inteligencia artificial y procedimiento administrativo: principios comunes en el Derecho de la Unión Europea». En Eduardo Gamero-Casado y Francisco Pérez Guerrero (editores), *Inteligencia artificial y sector público: Retos, límites y medios* (pp. 685-725). Valencia: Tirant lo Blanch.
- MORALES ESPINOZA, Baltazar (2019). «Concepto, elementos y manifestaciones de los actos administrativos». En Fabián Huepe, Baltazar Morales y Francisco Santibáñez. *Vicios del acto administrativo* (pp.1-40). Santiago: DER.
- . (2023). *Jurisprudencia suprema sobre procedimientos y actos administrativos. Tópicos relevantes al 2023*. Santiago: DER.
- ORTIZ DE ZÁRATE ALCARAZO, Lucía (2022). «Explicabilidad (de la inteligencia artificial)». *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22: 328-344. DOI: [10.20318/2022.6819](https://doi.org/10.20318/2022.6819).
- OSORIO VARGAS, Cristóbal y Leonardo Vilches Yáñez (2020). *Derecho administrativo. Tomo II. Acto Administrativo*. Santiago: DER.
- PIERRY ARRAU, Pedro (1993). «Nulidad en el derecho administrativo». *Revista de Derecho*, 15: 79-100. Disponible en https://tipg.link/gBx_.
- PONCE SOLÉ, Juli (2023). «Seres humanos e inteligencia artificial: Discrecionalidad artificial, reserva de humanidad y supervisión humana». En Eduardo Gamero-Casado y Francisco Pérez Guerrero (editores), *Inteligencia artificial y sector público: Retos, límites y medios* (pp. 195-225). Valencia: Tirant lo Blanch.
- . (2024). «Inteligencia artificial, decisiones administrativas discrecionales totalmente automatizadas y alcance del control judicial: ¿Indiferencia, insuficiencia o deferencia?». *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 9: 171-220. Disponible en <https://tipg.link/gBy8>.
- SPINAK, Ernesto (2023). «¿Es que la inteligencia artificial tiene alucinaciones?». *SciELO en Perspectiva (blog)*. Disponible en <https://tipg.link/gByA>.
- UNESCO (2022). *RECOMENDACIÓN SOBRE LA ÉTICA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL*. DISPONIBLE EN [HTTPS://TIPG.LINK/GBYD](https://tipg.link/gByD).
- VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (2018). *Manual de derecho administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- VALERO TORRIJOS, Julián (2023). «Las singularidades del tratamiento de datos de carácter personal en entornos de inteligencia artificial en el sector público». En Eduardo Gamero-Casado y Francisco Pérez Guerrero (editores), *Inteligencia artificial y sector público: Retos, límites y medios* (pp. 353-396). Valencia: Tirant lo Blanch.

Agradecimientos

La presente investigación se gestó en el contexto del Grupo de Reflexión sobre Inteligencia Artificial y Transformación Digital del Derecho, organizado por la Academia Judicial de Chile entre los meses de abril y junio de 2024. Se agradece a la institución y,

en especial, a Matías Vial (coordinador del grupo), por generar este importante espacio de estudio y discusión.

El autor agradece, además, los valiosos comentarios de los profesores Pablo Contreras Vásquez y Sebastián Bravo Ibarra, así como de quienes actuaron como revisores anónimos de este trabajo. Las falencias que pudiesen subsistir en el presente texto son consecuencia exclusiva de la tozudez del autor. En especial, agradezco a Gabriela Castillo Muñoz por su apoyo en el día a día y su invaluable compañía en la vida misma.

Sobre el autor

NICOLÁS HUMERES GUAJARDO es abogado, licenciado en Derecho por la Universidad Católica de la Santísima Concepción; magíster en Derecho, mención Derecho Público, por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; y magíster en Derecho Laboral y Seguridad Social por la Universidad Adolfo Ibáñez. Es doctorando en Derecho por la Universidad de Chile y juez titular del Juzgado de Letras y Laboral de Tomé, Chile. Su correo electrónico es nhumeres@pjud.cl.  <https://orcid.org/0000-0002-9969-4190>.

