

# TRANSPARÈNCIA, BONA ADMINISTRACIÓ I TECNOLOGIES DISRUPTIVES: ANÀLISI DEL *NUDGING*, DELS NEURODRETS I DE LA INTEL·LIGÈNCIA ARTIFICIAL DES DE LA TRANSPARÈNCIA I EL DRET A UNA BONA ADMINISTRACIÓ<sup>1;2</sup>

**Francesc Mancilla i Muntada**

*Doctor en Dret*

*Advocat de la Generalitat de Catalunya  
davant del Tribunal Constitucional*

## Resum

Aquest article analitza tres fenòmens tècnics i tecnològics disruptius, el *nudging*, la neurociència i la intel·ligència artificial (IA), que ens situen davant la necessitat d'afrontar jurídicament les dificultats i els reptes que plantegen.

Per tal de fer-ne una anàlisi jurídica i en vista de la novetat i la manca de regulació consolidada en molts supòsits, aquesta anàlisi s'ha enfocat a partir de la incidència que la transparència, la bona administració i els drets fonamentals poden tenir en aquestes noves tecnologies disruptives.

Al mateix temps, la bona administració i la transparència constitueixen un punt d'observació vàlid per a analitzar la progressiva sofisticació del dret administratiu i com, arran d'aquestes noves tècniques i tecnologies disruptives, ens acabem enfrontant a nous paradigmes en què el dret administratiu requereix respostes que es poden trobar en l'àmbit del dret constitucional.

Per a analitzar aquestes qüestions jurídiques, s'obté una visió panoràmica de totes aquestes problemàtiques i es tenen en consideració la perspectiva del constitucionalisme multinivell i els diferents estàndards de protecció en cadascun dels ordenaments jurídic que són d'aplicació.

**Paraules clau:** bona administració, transparència, *nudging*, neurodrets, intel·ligència artificial.

1. Aquest treball conté nombroses citacions que originàriament estan en castellà, anglès o italià, i que hem traduït directament al català, per la qual cosa obviem aquest aclariment en cadascuna d'elles, per bé que puntualment sí que ho mencionem.

2. Citació recomanada: MANCILLA I MUNTADA, Francesc (2024). «Transparència, bona administració i tecnologies disruptives: anàlisi del *nudging*, dels neurodrets i de la intel·ligència artificial des de la transparència i el dret a una bona administració». *Revista Catalana d'Administració Pública*, núm. 2, p. 37-81.

TRANSPARENCIA, BUENA ADMINISTRACIÓN Y TECNOLOGÍAS  
DISRUPTIVAS: ANÁLISIS DEL *NUDGING*, DE LOS NEURODERECHOS  
Y DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL DESDE LA TRANSPARENCIA  
Y EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN

**Resumen**

Este artículo analiza tres fenómenos técnicos y tecnológicos disruptivos, el *nudging*, la neurociencia y la inteligencia artificial, que nos sitúan ante la necesidad de afrontar jurídicamente las dificultades y los retos que plantean.

Con el fin de efectuar un análisis jurídico y a la vista de la novedad y la falta de regulación consolidada en muchos supuestos, se ha enfocado este análisis a partir de la incidencia que la transparencia, la buena administración y los derechos fundamentales pueden tener respecto de estas nuevas tecnologías disruptivas.

Al mismo tiempo, la buena administración y la transparencia constituyen un punto de observación válido para analizar la progresiva sofisticación del derecho administrativo y cómo, a raíz de estas nuevas técnicas y tecnologías disruptivas, nos acabamos enfrentando a nuevos paradigmas donde el derecho administrativo requiere respuestas que se pueden encontrar en el ámbito del derecho constitucional.

Para analizar estas cuestiones jurídicas, se efectúa una visión panorámica de todas estas problemáticas, a la vez que se tienen siempre en consideración la perspectiva del constitucionalismo multinivel y los diferentes estándares de protección en cada uno de los ordenamientos jurídicos que son de aplicación.

**Palabras clave:** buena administración, transparencia, *nudging*, neuroderechos, inteligencia artificial.

TRANSPARENCY, GOOD ADMINISTRATION AND DISRUPTIVE  
TECHNOLOGIES: ANALYSIS OF NUDGING, NEURORIGHTS  
AND OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE FROM THE PERSPECTIVE  
OF TRANSPARENCY AND THE RIGHT TO GOOD ADMINISTRATION

**Abstract**

This article analyses three disruptive technical and technological phenomena: *nudging*, neuroscience and artificial intelligence, which place us in front of the need to legally face the difficulties and challenges they pose.

In order to carry out a legal analysis, and in view of the novelty and lack of consolidated regulation in many cases, this analysis has been focused on the impact that transparency, good administration and fundamental rights can have with respect to these new disruptive technologies.

At the same time, good administration and transparency constitute a valid point of observation in order to visualize the progressive sophistication of administrative law and how, as a result of these new disruptive techniques and technologies, we end up facing new paradigms where Administrative law requires answers that can be found in the field of Constitutional law.

In order to analyse these legal issues, we made a panoramic view of all these problems, while always taking into account the perspective of multilevel constitutionalism and the different standards of protection in each of the legal systems that apply to us.

**Keywords:** good administration, transparency, nudging, neurorights, artificial intelligence.

**Sumari:** 1. Introducció de context; 2. Complexitat, transparència, governança, bon govern i bona administració; 2.1. La governança de la complexitat; 2.2. La lògica del sistema de governança; 2.3. El dret a una bona administració; 3. El dret de transparència; 3.1. Introducció; 3.2. La complexitat jurídica del dret de transparència; 3.3. Govern obert, dades obertes i govern de les dades; 3.4. Conclusió: una administració sofisticada i translúcida; 4. Noves tècniques, tecnologies disruptives i transparència; 4.1. El *nudging*; 4.1.1. De la psicologia a l'activitat administrativa conductual; 4.1.2. *Nudges*: concepte i exemples concrets; 4.1.3. El *nudging* com a potestat administrativa; 4.1.4. La transparència i el control de l'activitat administrativa conductual; 4.2. Els neurodrets; 4.2.1. De la neurociència a la consciència de l'abast jurídic dels avenços científics: l'exemple xilè; 4.2.2. La regulació vigent i les propostes de regulació dels neurodrets; 4.3. La intel·ligència artificial; 4.3.1. El desvetllament de la intel·ligència artificial: les primeres regulacions; 4.3.2. El Reglament (UE) 2024/1689, sobre intel·ligència artificial (RIA); 4.3.3. La paradoxa de la transparència algorítmica; 4.3.4. Per un servei públic d'intel·ligència artificial; 4.3.5. La governança de la intel·ligència artificial: vers una agència catalana d'intel·ligència artificial; 5. Una proposta de reorganització administrativa; 6. Conclusions: d'un dret administratiu sofisticat a un dret constitucional primari; 7. Bibliografia.

«No esperis cap altra resposta que no sigui la teva.»  
BERTOLT BRECHT («Als qui dubten»)

## 1. INTRODUCCIÓ DE CONTEXT

En el primer quart del segle XXI el dret administratiu ha experimentat una gran vitalitat amb la creixent regulació de nombrosos àmbits sectorials sota el potent influx de les directrius europees i la seva corretja de transmissió a les macroestructures administratives estatal i subestatal que, dia a dia, van nodrint sense descans les pàgines dels butlletins oficials.

Cal destacar, particularment, la introducció de tècniques jurídiques més evolucionades en àmbits discrecionals tan significatius com són la potestat reglamentària, on l'impuls fet a instàncies de l'Organització per a la Cooperació i el Desenvolupament Econòmic (OCDE) i la Unió Europea (UE) en pro de la *better regulation* ha incidit de manera decisiva en una major parametrització del procediment d'elaboració de disposicions generals. En una dècada hem passat d'exigir poc més que una memòria econòmica, al desplegament ordenat i complet d'un conjunt articulat de tràmits i informes que permet la presa en consideració de dades econòmiques, normativa, avaluacions *ex ante* i *ex post*, la perspectiva de gènere i la participació ciutadana, entre d'altres, de manera que s'han incrementat notablement els estàndards de qualitat en la regulació administrativa, que ara es denominen *principis de bona regulació*.

Als Estats Units, amb la *hard look doctrine*, en canvi, en els darrers anys s'està assistint a una oscil·lació en els nivells d'escrutini judicial sobre la normativa administrativa, amb la qual cosa queda en qualsevol cas consolidat el control *ex post* de la potestat reglamentària.<sup>3</sup>

3. Respecte a aquesta qüestió, poden ser d'interès els següents: Cass. R. SUNSTEIN, «Arbitrariness review and climate change», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 170, núm. 991 (2022), p. 1000-1010; Nikol OYDANICH, «Chief Justice Robert's Hard Look Review», *Fordham Law Review*, vol. 89, núm. 4 (2021); Sidney A. SHAPIRO i Richard W. MURPHY, «Arbitrariness review made reasonable: structural and conceptual reform

Aquesta tendència es pot apreciar en la resta de potestats administratives a través d'un increment progressiu dels seus estàndards de diligència deguda a l'empara del principi de bona administració, que s'ha establert en el nostre ordenament jurídic com a principi rector, com a deure administratiu de diligència o deguda cura i, finalment, com a dret subjectiu de la ciutadania, reconegut al màxim nivell per l'article 41 de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea (CDFUE) i amb la incorporació de la responsabilitat patrimonial i els drets lingüístics dins la seva configuració legal.

Aquests factors, que han suposat una elevació dels estàndards de diligència administrativa, no són gens aliens al context social, cultural i tecnològic de la societat en la qual s'insereix l'Administració pública. En aquest sentit, la digitalització dels serveis públics, la progressiva incidència de les dades massives (*big data*) i l'increment de l'automatització de processos, han posat de manifest un nivell de complexitat de l'entorn que requereix uns nivells tècnics, tecnològics i de coneixement jurídic molt més especialitzats. I és en aquest context on hem de situar les tecnologies disruptives.

Els perills d'aquestes noves tecnologies són múltiples. A tall d'exemple, Tomás de la Quadra-Salcedo<sup>4</sup> adverteix del risc que comporten per a la democràcia deliberativa en una societat electrònica on els motors de cerca i les xarxes socials «tenen determinats mecanismes que poden permetre dirigir i donar preferència al que tals algoritmes creuen que els usuaris volen veure».

Es multiplica així la paradoxa d'internet, on és essencial poder filtrar i fer abstracció de la informació il·limitada de les xarxes, és a dir, el que Umberto Eco<sup>5</sup> comparava irònicament amb el personatge de Borges «Funes el Memorioso», que —com internet— podia recordar absolutament tots els fets de la seva vida però era incapaç de fer-ne cap abstracció. En canvi, els algoritmes dels sistemes d'IA tenen la capacitat de fer abstraccions de les quals resulta molt difícil esbrinar-ne els biaixos, les omissions i els errors.

El *Diccionari de la llengua catalana* de l'Institut d'Estudis Catalans defineix l'adjectiu *disruptiu* amb una connotació negativa, remetent-nos a la *disrupció* definida com a «Descàrrega brusca produïda en un aïllant sòlid, líquid o gasós quan la tensió a la qual és sotmès arriba al valor de la tensió disruptiva». Tanmateix, aquestes noves tècniques i tecnologies són, en realitat, nous reptes que requereixen articular tècniques jurídiques més evolucionades.

En aquest treball analitzarem tres fenòmens tècnics i tecnològics de primera magnitud —el *nudging*, la neurociència i la IA— que ens situen davant la necessitat d'afrontar jurídicament les dificultats i els reptes que plantegen.

Com en altres ordres de la vida, no podem escollir a què ens enfrontem, però sí que podem triar com ens hi enfrontem. Per a aquest propòsit, analitzarem aquestes tres tecnologies disruptives partint de la base del principi de bona administració, del dret de transparència i de l'anàlisi constitucional dels drets fonamentals.

of the hard look», *Notre Dame Law Review*, vol. 92, núm. 1 (2016); Cass R. SUNSTEIN, «In defense of the hard look: judicial activism and administrative law», *Harvard Journal of Law and Public Policy*, núm. 51 (1984).

4. Tomás QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, «Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital», a Tomás QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Sociedad digital y derecho*, Madrid, BOE, 2018, p. 23.

5. Vegeu: <https://www.lindiceonline.com/incontri/interviste/umberto-eco-internet/>.

Fent un símil amb la mecànica quàntica relacional (que sosté que l'observació transforma l'estat de l'objecte observat), quan ens aproximem al *nudging*, la neurociència i la IA, podem comprovar com aquestes tecnologies actuen de manera simultània i sovint també de manera combinada. Al mateix temps, veurem com, en aplicar eines com la transparència i la bona administració, aquesta realitat pot resultar afectada per la mera observació. Dit en altres paraules: a falta que s'elaborin noves tècniques jurídiques per a afrontar les conseqüències de les tecnologies disruptives, podem verificar si l'aplicació de la transparència i del principi de bona administració pot transformar, almenys, alguns dels seus efectes més preocupants.

## 2. COMPLEXITAT, TRANSPARÈNCIA, GOVERNANÇA, BON GOVERN I BONA ADMINISTRACIÓ

### 2.1. LA GOVERNANÇA DE LA COMPLEXITAT

La societat catalana actual acumula diversos elements d'heterogeneïtat, com ara un major nivell formatiu de la població i un accés generalitzat a les noves tecnologies de la informació, amb nous models relacionals a través de les xarxes socials i que, pel que fa a la seva composició, és una societat que es caracteritza per elevats nivells de diversitat, no només demogràfica, sinó també lingüística, cultural i ideològica.

En aquest context social hem de tenir en compte també els efectes de la nova economia global, fruit de la internacionalització dels mercats, i també els de l'emergència de noves problemàtiques transversals, com ara l'escalfament global, la pandèmia de la covid-19 o els conflictes armats que afligeixen l'est del continent europeu.

Des de la ciència política, el professor Quim Brugué ha destacat molt encertadament la connexió entre el rol de l'organització i la diversitat de l'entorn, tot afirmant que —traduïm directament al català—:

Tant les organitzacions socials com les educatives no saben què han de fer i, per tant, el principal repte no és fer-ho bé sinó decidir què fer. Han de ser, doncs, organitzacions que pensin, que aprenguin. Organitzacions intel·ligents, no únicament eficients.<sup>6</sup>

En aquest sentit, les dificultats experimentades pels models burocràtics i de la *nova gestió pública* han donat lloc a la implementació dels models de governança, que s'han convertit en un instrument organitzatiu idoni per a afrontar aquesta complexitat. En aquests models, doncs, s'estableix un diàleg entre l'organització i els diferents actors implicats en una determinada decisió. I, al seu torn, sobretot arran de la pandèmia de la covid-19, s'ha començat a popularitzar el terme *governança robusta* per tal d'emfasitzar la necessitat d'una governança dinàmica en un entorn en evolució permanent.

Des d'un punt de vista normatiu, la governança pública —també denominada *govern obert*— s'ha definit legalment com «una relació i un diàleg permanents i bidireccionals entre

6. Quim BRUGUÉ, *Organizaciones que saben, organizaciones que aprenden*, Madrid, INAP, 2022, capítol I *in fine*.

l'Administració i les persones a l'hora de definir i aplicar les polítiques públiques, i per a introduir i desenvolupar instruments de participació i col·laboració ciutadana en els assumptes públics» (art. 2 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern).

Tanmateix, una observació realista de les estructures administratives actuals ens permet afirmar que, avui dia, per més que estiguem clarament en l'*era de la governança*, l'organització administrativa no respon pas a un únic paràmetre organitzatiu. Al contrari, en funció dels àmbits materials, podem apreciar una juxtaposició d'elements del model burocràtic *weberian*, d'elements del model gerencial de la *nova gestió pública* i també, i cada vegada amb major incidència, d'elements del paradigma de la *governança pública*.

Tot això configura un escenari socioeconòmic i organitzatiu multifactorial, intern i extern, que, juntament amb l'assoliment d'un estadi de maduresa en el dret administratiu, fa que l'Administració pública i els seu personal es vegin abocats a la utilització de noves tècniques jurídiques cada vegada més evolucionades. En darrer terme, el que hi ha en curs és una nova configuració dels estàndards de diligència en el si de la relació jurídica administrativa.

## 2.2. LA Lògica DEL SISTEMA DE GOVERNANÇA

La doctrina administrativista fa anys que considera la governança com una guia de la interacció entre actors interdependents que suposa una modificació de les relacions entre l'Estat i la societat i que ha de permetre fer front als nombrosos interessos, recursos i visions que tenen els diferents actors. Alhora, afirma:

[...] el sorgiment de la governança suposa un canvi en les maneres tradicionals de procedir dels poders públics. L'assignació imperativa, la direcció jeràrquica i el control dels processos polítics estan sent substituïts per noves formes de regulació basades en la negociació i la coordinació, i fins i tot la persuasió, mitjançant la qual els responsables públics tracten de mobilitzar els recursos polítics dispersos entre actors públics i privats.<sup>7</sup>

Si considerem la governança i el govern obert com una metodologia que propicia la participació de la ciutadania en la presa de decisions administratives i que, en darrera instància, contribueix a la legitimació democràtica de la gestió pública, és essencial establir quines han de ser les condicions per a fer possible, real i efectiu aquest «diàleg bidireccional» a què es refereix la Llei de transparència sigui possible, real i efectiu.

El pressupòsit essencial d'aquest diàleg es produeixi és la transparència, que resulta necessària a fi que la ciutadania pugui formar-se un criteri i participar de manera qualitativa i eficaç en la presa de decisions públiques. Sense aquest coneixement, tota idea de participació esdevé il·lusòria, alhora que sense tampoc no seria una participació eficaç, ja que no es partiria

---

7. A. CERRILLO MARTÍNEZ (coord.), *Governança i bona administració a Catalunya*, Barcelona, Escola d'Administració Pública de Catalunya, 2007, p. 9.

del coneixement necessari. A més, cal no oblidar la funció de la transparència com a mecanisme de control difús de la gestió pública i de fiscalització de la corrupció, en el sentit de la clàssica expressió del magistrat Brandeis «la llum del sol és el millor dels desinfectants».

El segon element essencial és que, juntament amb la transparència i la informació pública, l'Administració i el govern generin un marc de confiança i de responsabilitat. És en aquest punt on hem de situar les garanties ètiques i els codis de conducta que es prediquen de la idea de bon govern. És inversemblant que, malgrat disposar de la informació necessària, ningú entauli un diàleg amb una organització que no li mereix confiança. En aquest sentit, la regulació del sistema d'integritat pública —que *per se* hauria de ser obligatori— és un instrument de primer ordre per a generar la confiança necessària per tal que la ciutadania participi en la presa de decisions públiques.

El tercer element essencial és, precisament, la conseqüència de les obligacions de bon govern: el retiment de comptes. La generació d'un marc de responsabilitat és el que fa creïble el compliment de les obligacions de bon govern i bona administració.

El compliment d'aquests tres requisits essencials és el que permet a la ciutadania disposar de la informació necessària per a participar i poder tenir un mínim nivell de confiança en l'Administració i en el fet que les seves opinions, encara que no siguin compartides, seran tingudes en compte, cosa que garantirà un procés públic, racional i motivat de presa de decisions.

És precisament per aquest motiu que no és gens estrany que la denominació de les lleis de transparència compregui de manera cumulativa els termes *transparència*, *accés a la informació pública* i *bon govern*, com tampoc no és casual que, després de la primera onada de lleis de transparència, en els darrers anys s'hagi entrat en la primera onada de lleis d'integritat i retiment de comptes, sobretot a partir de la Directiva europea de protecció dels alertadors de la corrupció.

### 2.3. EL DRET A UNA BONA ADMINISTRACIÓ

Fa pràcticament una dècada definíem la bona administració en aquests termes: la que actua d'acord amb els principis de legalitat, objectivitat, imparcialitat, eficàcia, eficiència, transparència, motivació dels seus actes, accessibilitat, adaptació a les noves tecnologies, esperit de servei, obertura i no exclusió de la possibilitat de reconsiderar la seva actuació, responsabilitat i ple respecte i reconeixement de la llengua pròpia de la persona i el territori, amb independència del seu caràcter estatal o subestatal i amb cortesia, absolut respecte pels drets de les persones i la incorporació transversal de la perspectiva de gènere.<sup>8</sup>

En trobem una definició complementària en el Codi de bones pràctiques administratives del Síndic de Greuges de Catalunya: «[...] una bona administració és la que informa, la que escolta i la que respon, la que actua de manera transparent, la que impulsa la participació dels

8. FRANCESC MANCILLA MUNTADA, *La recepció a Catalunya del dret a una bona administració*, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, 2014, p. 871-872. Vegeu també F. MANCILLA MUNTADA, «Breves reflexiones sobre la buena administración y el buen gobierno», *Diario La Ley* (Wolters Kluwer), núm. 9689 (4 setembre 2020).

ciutadans, la que gestiona amb rigor i la que assumeix plenament les seves responsabilitats».<sup>9</sup> Pràcticament des de la creació de la Comunitat Econòmica Europea, en la segona meitat del segle xx la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea va anar configurant el contingut del principi de bona administració, per bé que en la construcció pretoriana d'aquest principi va influir decisivament l'absència d'una norma general reguladora del procediment administratiu en les institucions europees.

Per a la creació del principi de bona administració va resultar igualment decisiva la tasca de persuasió de l'*ombudsman* europeu, juntament amb la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea i, finalment, també la seva incorporació a diversos instruments de *soft law*, que va precedir la seva consagració definitiva com a dret fonamental en l'article 41 de la CDFUE, que forma part del dret originari de la Unió Europea a partir de la seva inclusió *ex article* 6 del Tractat de Lisboa (Tractat de la Unió Europea).

Així, l'article 41 de la CDFUE defineix aquest dret en els termes següents:

Article 41. Dret a una bona administració

1. Qualsevol persona té dret que les institucions, els òrgans i els organismes de la Unió tractin els seus assumptes de manera imparcial i equitativa i en un termini raonable.

2. Aquest dret inclou particularment: *a)* el dret de qualsevol persona a ésser escoltada abans que no es prengui en contra seva una mesura individual que l'afectaria desfavorablement; *b)* el dret de qualsevol persona a accedir a l'expedient que la concerneix, dins del respecte als interessos legítims de la confidencialitat i del secret professional i comercial; *c)* l'obligació de l'Administració de motivar les seves decisions.

3. Qualsevol persona té dret a la reparació per la Unió dels danys causats per les seves institucions o pels seus agents en l'exercici de llurs funcions, de conformitat amb els principis generals comuns als drets dels estats membres.

4. Qualsevol persona es pot adreçar a les institucions de la Unió en una de les llengües dels tractats i ha de rebre una resposta en aquesta mateixa llengua.

L'article 30.2 del vigent Estatut d'autonomia de Catalunya, del 2006, consagrà la recepció del dret a una bona administració en el nostre ordenament jurídic, malgrat que no en va delimitar el contingut, cosa que sí que han fet, ni que sigui parcialment, l'article 22 de la Llei 26/2010, del 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya (en endavant, Llei 26/2010), i l'article 58 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern.

El cert és que, un any després de la Llei 19/2014 i malgrat que el dret a una bona administració s'havia regulat en diverses comunitats autònomes, el legislador estatal no va recollir el dret a una bona administració en les lleis 39/2015 i 40/2015, de l'1 d'octubre, ni tan sols en els termes amb què ja s'havia positivitzat en l'ordenament europeu i català, així com en alguns altres ordenaments autonòmics en els quals s'havia recepcionat igualment aquest dret.

Malgrat aquesta aparent manca de reconeixement del dret a una bona administració per part de la nova legislació estatal bàsica de procediment administratiu, del 2015, la juris-

9. Disponible en línia a: <http://www.sindic.cat/site/unitFiles/2527/codi%20bones%20practiques%20administratives.pdf>.



prudència consolidada de la Sala Tercera del Tribunal Suprem ha reconegut amb tota naturalitat que el principi de bona administració es pot inferir de manera implícita en els articles 9.2, 103 i 106 de la Constitució espanyola (CE) i, com a tal, ha estat regulat per la CDFUE. L'alt tribunal també diu:

[...] constituye, según la mejor doctrina, un nuevo paradigma del Derecho del siglo XXI referido a un modo de actuación pública que excluye la gestión negligente y —como esta misma Sala ha señalado en anteriores ocasiones— no consiste en una pura fórmula vacía de contenido, sino que se impone a las Administraciones Públicas, de suerte que el conjunto de derechos que de aquel principio derivan (audiencia, resolución en plazo, motivación, tratamiento eficaz y equitativo de los asuntos, buena fe) tiene —debe tener— plasmación efectiva y lleva aparejado, por ello, un correlativo elenco de deberes plenamente exigible por el ciudadano a los órganos públicos.<sup>10</sup>

A més de reconèixer el principi de bona administració, que jurídicament incorpora un deure de diligència envers l'Administració, el Tribunal Suprem també ha reconegut la doble vessant de la bona administració i la seva naturalesa de dret subjectiu. En aquest sentit, la Sentència del Tribunal Suprem del 4 de novembre de 2021 (recurs de cassació 8325/2019; ECLI:ES:TS:2021:4117), després de recordar que «el principi de bona administració té una base constitucional i legal indiscutible», entra a distingir-ne (FJ 7) la doble vessant:

[...] por un lado constituyen deber y exigencia a la propia Administración que debe guiar su actuación bajo los parámetros referidos, entre los que se encuentra la diligencia y la actividad temporánea; por otro, un derecho del administrado, que como tal puede hacerse valer ante la Administración en defensa de sus intereses [...].

Pel que fa al deure de bona administració, es vincula directament amb el dret al procediment administratiu degut<sup>11</sup> i amb les obligacions de diligència derivades de l'article 3.1e de la Llei 40/2015, ja que és:

[...] [un] principio que impone a la Administración una conducta lo suficientemente diligente como para evitar definitivamente las posibles disfunciones derivada de su actuación, sin que baste la mera observancia estricta de procedimientos y trámites, sino que más allá reclama la plena efectividad de garantías y derechos reconocidos legal y constitucionalmente al contribuyente y mandata a los responsables de gestionar el sistema impositivo, a la propia Administración Tributaria, observar el deber de cuidado y la debida diligencia para su efectividad y de garantizar la protección jurídica que haga inviable el enriquecimiento injusto.<sup>12</sup>

En aquest sentit, la jurisprudència del Tribunal de Luxemburg ja s'està referint a les obligacions jurídiques de «due care» o «due diligence» (apartats 81 i següents de la Sentència

10. Sentència del Tribunal Suprem (STS) del 15 d'octubre de 2020 (recurs de cassació 1652/2019; ECLI:ES:TS:2020:3279).

11. STS del 14 d'abril de 2021 (recurs 28/2020; ECLI:ES:TS:2021:1387).

12. STS del 19 de febrer de 2019 (recurs 128/2016; ECLI:ES:TS:2019:579).

del Tribunal General de la Unió Europea del 29 d'abril de 2015, núm. T-217/11, assumpte *Clare Staelen vs. European Union Ombudsman*).<sup>13</sup>

A més, cal tenir especialment en compte el fet que el Tribunal Suprem ha avalat la transcendència del principi de bona administració no només envers les potestats discrecionals, sinó també respecte de les potestats reglades. En aquest sentit, la Sentència del Tribunal Suprem (STS) del 28 de maig de 2020 (recurs de cassació 5751/2017, STS 1421/2020; ECLI:ES:TS:2020:1421), dictada en matèria tributària per la Secció Segona de la Sala Tercera del Tribunal Suprem, ha estat polèmica perquè sembla obviar que l'article 117.1 de la Llei 39/2015, de l'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (en endavant, LPACAP), disposa que «[l]a interposició de qualsevol recurs, excepte en els casos en què una disposició estableixi el contrari, no suspèn l'execució de l'acte impugnat». Així, la Sentència sosté que l'Administració, quan té pendent la resolució d'un recurs o una impugnació administrativa, potestatiu o obligatori, «no pot dictar provisió de constreyniment sense resoldre abans aquest recurs de manera expressa, com és el seu deure, ja que el silenci administratiu no és sinó una mera ficció d'acte a l'efecte d'obrir davant d'aquesta omisió les vies impugnatives pertinents en cada cas», doctrina que el Tribunal Suprem fonamenta en el principi de bona administració:

Como muchas veces ha reiterado este Tribunal Supremo, el deber jurídico de resolver las solicitudes, reclamaciones o recursos no es una invitación de la ley a la cortesía de los órganos administrativos, sino un estricto y riguroso deber legal que obliga a todos los poderes públicos, por exigencia constitucional (arts. 9.1; 9.3; 103.1 y 106 CE), cuya inobservancia arrastra también el quebrantamiento del principio de buena administración, que no sólo juega en el terreno de los actos discrecionales ni en el de la transparencia, sino que, como presupuesto basal, exige que la Administración cumpla sus deberes y mandatos legales estrictos y no se ampare en su infracción -como aquí ha sucedido- para causar un innecesario perjuicio al interesado.

Val a dir que aquesta sentència va originar una certa discussió doctrinal<sup>14</sup> perquè la interpretació feta pel Tribunal Suprem semblava contradir la literalitat de l'avantdit article 117.1 LPACAP.

13. Així doncs, per a Juli Ponce, «en essència, el dret a una bona administració, com veurem, suposa la necessitat de l'anàlisi i la presa en consideració diligent i amb la deguda cura dels fets i interessos rellevants en cada presa de decisió» (J. PONCE SOLÉ, «El derecho a una buena administración y el derecho administrativo iberoamericano del siglo XXI», 2016, p. 13 (treball emmarcat en el projecte d'investigació finançat amb fons del Govern espanyol i en el qual col·laboren acadèmics de diversos països iberoamericans, dels Estats Units i de diversos països de la Unió Europea, titulat "REGENERACIÓN democrática, buena administración e integridad pública: el papel del derecho administrativo ante la crisis de las instituciones públicas", amb referència DER2014-57391-C2-1-R. Disponible en línia a: <http://www.ub.edu/instituttransjus/documentos/proyectos%20recerca/2015%20Proyecto%20REGDEM.pdf>).

14. Quant a la discussió doctrinal esmentada, vegeu G. FERNÁNDEZ FARRERES, «El principio de buena administración según la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo», *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 230, i la seva rèplica a J. PONCE SOLÉ, «El derecho a una buena administración, su exigencia judicial y el privilegio de ejecutoriedad de los actos administrativos, a propósito de la Sentencia de la Sala 3ª del TS 1421/2020, de 28 de mayo de 2020», *Revista de Administración Pública*, núm. 221.

Encara que en aquesta sentència el Tribunal Suprem no ho explicita, és clar que una interpretació finalista, contextual i sistemàtica del referit precepte no permet concloure que la mera literalitat pugui arribar a significar que el principi d'executivitat dels actes administratius beneficiï l'Administració quan sigui incomplidora del seu deure, també legal i inexcusable, de resoldre en un termini predeterminat. Per tant, és ben coherent i jurídicament procedent que el Tribunal Suprem sostingui que l'Administració, quan té pendent la resolució d'un recurs o una impugnació administrativa, potestatiu o obligatori, «no pot dictar provisió de constrenyiment sense resoldre abans aquest recurs de manera expressa, com és el seu deure, ja que el silenci administratiu no és sinó una mera ficció d'acte a efectes d'obrir davant d'aquesta omisió les vies impugnatives pertinents en cada cas».

D'altra banda, i amb anterioritat a aquesta polèmica, l'any 2015 el professor Baño va introduir la tutela efectiva com a argument sòlid per a criticar l'executivitat de l'acte quan s'ha interposat un recurs administratiu: «[...] el que no té cap sentit jurídic i atempta contra la tutela efectiva és que s'imposi la càrrega d'un recurs administratiu previ mentre l'acte administratiu desplega tots els seus efectes».<sup>15</sup>

Certament, la polèmica entre la interpretació textual i la interpretació finalista de la norma, així com la interpretació conforme a la Constitució, no és nova ni exclusiva del dret europeu. Val la pena, en aquest sentit, fer-nos ressò de la polèmica, ja clàssica, suscitada per la sentència del Tribunal Suprem nord-americà a propòsit del cas *Church of the Holy Trinity vs. United States* (1891), en el qual va anul·lar una sentència que validava la sanció imposada a l'església Holy Trinity de Nova York per haver contractat un pastor anglès tot contravenint la prohibició expressa de la normativa legal (*Alien Contract Labor Act*) de contractar treballadors estrangers (específicament es prohibia la importació de «labor or service of any kind»). El *holding* (*ratio decidendi*) d'aquesta sentència és expressat pel magistrat Brewer en el sentit que, malgrat la literalitat del text, resultava evident que el legislador no tenia cap intenció de prohibir l'entrada de pastors estrangers ni, encara menys, criminalitzar l'entrada de pastors forans en una nació on la religió té un reconeixement tan important. Magistrats tan significats en la defensa de la interpretació originalista i textual de la Constitució nord-americana com Antonin Scalia<sup>16</sup> havien criticat aquesta sentència per contravenir la literalitat de la normativa, ja que contravenia el principi democràtic i esdevenia una clara extralimitació del paper dels jutges, mentre que el reputat professor de dret constitucional a la Harvard Law School Laurence Tribe considerava que, com que el precepte legal podia infringir la llibertat religiosa reconeguda en la Constitució, s'havia d'interpretar d'acord amb el cànon constitucional.<sup>17</sup>

15. José María BAÑO LEÓN, «El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del derecho público español», a Fernando LÓPEZ RAMÓN (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate: Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2016.

16. Antonin SCALIA, *A matter of interpretation: Federal courts and the law*, Princeton, Princeton University Press, 1997. Vegeu també William S. BLATT, «Missing the mark: an overlooked statute redefines the debate over statutory interpretation», *University of Miami Law Review*, vol. 64 (2010), p. 101. Disponible en línia a: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1687730](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1687730).

17. Així mateix, el professor Cass Sunstein també es mostra favorable a la interpretació de Holy Trini-

En definitiva, com succeïa en el cas *Church of the Holy Trinity vs. United States*, és possible una interpretació conforme a la Constitució i alhora una interpretació sistemàtica i teleològica d'acord amb la finalitat del legislador, que permet considerar que l'executivitat dels actes administratius no s'edifica per a beneficiar l'incompliment del deure de resoldre els recursos dins de termini.

Així, la naturalesa del dret a una bona administració com a principi general, com a dret subjectiu i com a deure administratiu, fa que sigui innecessari regular-ne totes les manifestacions i conseqüències, com també ho seria, per exemple, intentar regular i preveure totes les possibles manifestacions del principi d'antiformalisme que regeix el procediment administratiu. Per tant, no ha calgut modificar cap article de la LPACAP si hi ha una interpretació constitucional conforme al dret a una bona administració.

En última instància, l'absència de proclamació constitucional específica i expressa del dret a una bona administració —per bé que, des de la perspectiva multinivell, la norma amb funció constitucional de l'ordenament europeu sí que la considera en l'article 41 de la CDFUE— no pot ser un obstacle per a inferir-ne la presència, com tampoc no ho va ser per al Tribunal de Justícia de la Unió Europea durant les cinc dècades que van precedir la incorporació de l'article 41 de la CDFUE al dret primari, ja que precisament es partia del concepte de *comunitat de dret* i dels principis constitucionals comuns als estats membres.

Recapitulant tot el que hem exposat, el contingut del dret a una bona administració presenta un triple abast:

1. Es tracta d'un dret que engloba un conjunt de drets, deures i garanties inserits en el procediment administratiu: dret a un tracte imparcial i equitatiu dins d'un termini, dret d'audiència, dret d'accés a l'expedient, obligació de motivació, dret de reparació dels danys, drets lingüístics. Aquest mateix dret el podem inferir dels articles 9.1, 9.3, 31.2, 103.1, 105 i 106.2 CE, preceptes tots ells desenvolupats per les lleis 39/2015 i 40/2015, de l'1 d'octubre, per bé que sense mencionar expressament la bona administració.

2. És un dret que es projecta sobre totes les potestats administratives i que té una notable incidència en l'àmbit de la qualitat normativa, ja que es reflecteix en els principis de bona regulació continguts en les diferents normes de procediment administratiu. En aquest sentit, la LPACAP regula en els seus articles 129 i 130, entre d'altres, els principis de bona regulació, que en realitat són principis de bona administració.

3. En tercer lloc, hem de situar la bona administració com a paràmetre de diligència que té una manifestació ben clara en l'exigibilitat de responsabilitat patrimonial a l'Administració, com es pot veure amb la inclusió en la norma europea de l'article 41.3 de la CDFUE en els termes següents: «Qualsevol persona té dret a la reparació per la Unió dels danys causats per les seves institucions o pels seus agents en l'exercici de llurs funcions, de conformitat amb els principis generals comuns als drets dels estats membres».

---

ty i, de fet, sembla anar molt més lluny, com es pot comprovar a William S. BLATT, «Missing the mark, p. 101. Disponible en línia a: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1687730](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1687730).

La inclusió de la responsabilitat patrimonial dins l'espectre del dret a una bona administració comporta que haguem d'analitzar la responsabilitat patrimonial no només com una acció per al rescabament pels danys i perjudicis soferts en el patrimoni del particular, sinó també com a incompliment del deure de diligència que comporta el principi de bona administració.

Si bé es tracta d'una línia d'investigació doctrinal que no s'ha abordat fins ara,<sup>18</sup> el cert és que hi ha diversos elements jurídics que requereixen escatir quins són el sentit i la configuració que ha de tenir la inclusió de la responsabilitat patrimonial en l'article 41.3 de la CDFUE. Entre aquests, convé destacar el fet que sigui precisament el compliment de la diligència exigible a l'Administració el que permet a la jurisprudència de sortejar la pretesa responsabilitat objectiva de l'Administració; o que, en canvi, es palesi que, malgrat que un procediment jurisdiccional finalitzi amb una sentència indemnitzatòria per mala praxi administrativa, això no es transformi en una avaluació *ex post* que permeti a l'Administració de corregir aquesta praxi en tot allò que depassi el plet enjudiciat, assegurant que l'actuació administrativa futura s'adeqüi a aquests estàndards de diligència deguda. En els propers anys, la lluita per la bona administració passarà necessàriament per analitzar com s'articula el binomi bona administració - responsabilitat patrimonial.

Finalment, l'article 41.4 de la CDFUE va plantejar un contingut del tot nou per al dret a una bona administració: «Qualsevol persona es pot adreçar a les institucions de la Unió en una de les llengües dels tractats i ha de rebre una resposta en aquesta mateixa llengua». Contingut que és una manifestació de la transparència que ha de presidir el dret a una bona administració. Si ens prenem seriosament aquest dret, haurem d'advocar per una interpretació favorable a les llengües regionals o minoritàries i minoritzades, com és el cas de la llengua catalana,<sup>19</sup> no només davant les institucions europees, sinó també davant de qualsevol institució estatal. Aquest és, també, un dels reptes pendents en relació amb la bona administració. En connexió amb la llengua com a part integrant de la bona administració, val a dir que darrerament s'està impulsant l'ús administratiu del «llenguatge clar» no només com a element qualitatiu accessori respecte de les obligacions de transparència, sinó amb la voluntat d'exercir una governança pública que realment sigui accessible a la ciutadania. Així mateix, l'apartat 12 del capítol IV (participació en l'espai públic digital) de la Declaració Europea sobre Drets i Principis Digitals per a la Dècada Digital (2023/C 23/01) disposa que «[t]ota persona hauria de tenir accés a un entorn digital fiable, divers i multilingüe»,<sup>20</sup> la qual cosa contribueix a la participació efectiva en la democràcia de manera no discriminatòria.

I no només hi ha preocupació per un llenguatge clar, sinó que també caldrà apostar per «alfabetitzar» la ciutadania —i no només en determinades classes o organitzacions— en el llenguatge de les noves tecnologies. El recent Reglament (UE) 2024/1689, d'intel·ligència

18. Vegeu Francesc MANCILLA MUNTADA, «III. Principios del sistema de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas», a Berta BERNAD SORJÚS i Josep MOLLEVÍ BORTOLO (coord.), *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Barcelona, Atelier, 2024.

19. Vegeu la Carta Europea de les Llengües Regionals o Minoritàries, aprovada el 25 de juny de 1992 i ratificada per Espanya el 9 d'abril de 2001.

20. El text oficial en castellà és el següent: «Toda persona debería tener acceso a un entorno digital fiable, diverso y multilingüe. El acceso a contenidos diversos contribuye a un debate público plural y a la participación efectiva en la democracia de manera no discriminatoria».

artificial, en l'apartat 72 del seu preàmbul assenyala que «[l]es instruccions d'ús han d'estar disponibles en una llengua fàcilment comprensible per als responsables del desplegament destinataris, segons el que decideixi l'estat membre de què es tracti»,<sup>21</sup> alhora que en l'article 4 preveu la necessària alfabetització de les persones que treballin en IA. Les noves tecnologies, com és el cas de la IA, comporten, doncs, un nou llenguatge.

Dissortadament, i malgrat la claredat de les normes que acabem d'esmentar, podrien no quedar gaire llunyanes les èpoques en què un determinat llenguatge o idioma esdevenia la llengua del poder, per contraposició al llenguatge del poble. Retratava això Alessandro Manzoni en el clàssic de la literatura *I promessi sposi*, evidenciant la contraposició entre el «linguaggio del potere», emprat per les classes nobles i funcionaris, i el que Umberto Eco anomenava «linguaggio dei segni» (llenguatge dels signes), utilitzat per les classes populars sota la dominació estrangera en el *seicento* italià.

*Last but not least*, resultaria jurídicament inversemblant i constitucionalment insòlit que tot aquest edifici conceptual de bona administració, diligència deguda i governança pública exquisides es pogués construir sense garantir la inclusió de llengües minoritàries i minoritzades com el català dins l'estàndard europeu del dret a una bona administració.

### 3. EL DRET DE TRANSPARÈNCIA

#### 3.1. INTRODUCCIÓ

Tradicionalment, la transparència administrativa havia operat gairebé en exclusiva en el marc del procediment administratiu, a l'entorn del tràmit d'audiència i de la necessària motivació dels actes administratius. Aquest seria el nucli més essencial del conjunt de tècniques i garanties que es construeixen inicialment per tal d'assegurar l'efectivitat dels drets de defensa i bona administració en aquelles decisions administratives que poden afectar els interessos legítims i els drets subjectius dels ciutadans.

En la darrera dècada, el dret administratiu ha vist com naixia una nova branca que es pot qualificar de *dret de transparència*. Així, hem passat de l'escadussera regulació del dret d'accés a arxius i registres de l'article 37 de la derogada Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, a una regulació específica amb vocació de generalitat, complementada per un seguit de disposicions legislatives sectorials que han anat obrint pas a múltiples manifestacions del dret de transparència.

Sota la influència de la *Freedom of Information Act* americana, el punt de partida en l'àmbit europeu se situa en el Conveni de Tromsø del Consell d'Europa, que justament ha estat ratificat l'any 2023 (*Boletín Oficial del Estado* [BOE], núm. 253, del 23 d'octubre de 2023, pàgines 139966 - 139978).

---

21. El text oficial en castellà és el següent: «Las instrucciones de uso deben estar disponibles en una lengua fácilmente comprensible para los responsables del despliegue destinatarios, según lo que decida el Estado miembro de que se trate».

En l'àmbit de la Unió Europea, la CDFUE va incloure en el seu article 42 el dret d'accés a la informació pública, atès que ja es disposava des del 2001 d'una normativa sobre transparència en el marc del Parlament Europeu.

En els nivells estatal i autonòmic, respectivament, la legislació bàsica està conformada per la Llei 19/2013, del 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, i la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern (en endavant, Llei 19/2014), aprovada a Catalunya un any després i desenvolupada posteriorment pel Decret 8/2021, del 9 de febrer, sobre la transparència i el dret d'accés a la informació pública, que ha completat amb gran precisió la implementació de les obligacions de transparència.

Seguint *il professore* Sabino Casesse, en termes generals es podria dir que de l'accés als documents de l'expedient hem passat a la transparència «amb la finalitat de promoure la participació ciutadana i afavorir el control difús del poder públic».<sup>22</sup>

### 3.2. LA COMPLEXITAT JURÍDICA DEL DRET DE TRANSPARÈNCIA

La nova legislació de transparència, encara que és plenament homologable amb la legislació comparada dels països més avançats del nostre entorn, planteja elements de gran complexitat tecnicojurídica, que resulta molt pertinent de desvetllar per tal que ens puguem plantejar com s'organitza la transparència i qui i com l'ha de gestionar correctament.

La regulació legal de la transparència parteix d'una certa desconfiança del legislador envers l'Administració pública i de la clara consciència sobre la necessitat d'una regulació exhaustiva de totes i cadascuna de les obligacions que inclou el règim jurídic de la transparència, cosa que es fa a través d'una triple dimensió: *a)* la regulació dels requisits qualitatius; *b)* la previsió de requisits quantitatius, amb exhaustius llistats de matèries i submatèries, que són precisats en la Llei i desenvolupats fins a l'extenuació en el Decret 8/2021 i, pel que fa a l'Administració i el sector públic de la Generalitat, en la Instrucció 1/2024, sobre el Catàleg de publicitat activa; així com *c)* l'establiment d'un règim disciplinari específic.

Aquest triple nivell d'exigència ha conformat un estàndard de diligència deguda molt elevat en matèria de transparència, per bé que es projecta en una doble perspectiva que pot resultar paradoxal.

D'una banda, la tècnica dels llistats exhaustius permet sortejar el perill que l'Administració no actuï per manca de previsió legal específica, de manera que se li detalla —fins a l'extenuació— totes i cadascuna de les àrees en què ha de fer efectiva la publicitat activa a través del Portal de la Transparència.

Així doncs, i pel que fa a la Generalitat, un primer nivell de diligència administrativa rau a complir de manera precisa tots i cadascun dels deures de transparència que s'inclouen en la LTAI-PBG, el Decret 8/2021 i l'esmentat Catàleg de publicitat activa previst en la Instrucció 1/2024, sense oblidar els criteris establerts per la Comissió Interdepartamental de Govern Obert (CIGO).

22. Sabino CASSESE, «Evoluzione della normativa sulla trasparenza», *SINAPPSI: Connessioni tra Ricerca e Politiche Pubbliche. Rivista Quadrimestrale dell'Inap*, any VIII, núm. 1/2018.

D'aquesta manera, es minimitza una situació *de facto* en què a l'Administració li costa molt de fer interpretacions jurídiques de certa complexitat, inferint de preceptes genèrics una concreta obligació de publicar un document específic. En altres paraules, davant d'una normativa genèrica resulta difícil que l'Administració pugui adoptar una decisió concreta que no té una correspondència directa i específica o literal amb un precepte legal o reglamentari. Sempre hi ha una última pregunta: «quina norma ho exigeix?». En realitat, ni l'Administració mostra un gran interès a fer interpretacions jurídiques complexes, i menys tenint en compte el principi de vinculació positiva, ni els funcionaris, com és lògic, estan disposats a actuar sense una cobertura legal o reglamentària explícita que els pugui dur a assumir responsabilitats. En algunes àrees del dret administratiu, com ara l'urbanisme, s'empra en tal sentit el terme *burocràcia defensiva*.

Paradoxalment, mentre que, d'una banda, sembla que es facilita extraordinàriament que l'Administració actuï sense haver-se d'amoïnar per la manca de regulació legal, ja que tot està perfectament delimitat legalment i reglamentària, com si es tractés d'un contracte o d'un codi font informàtic (per exemple, el Decret 8/2021 és extraordinàriament prolix), de manera paral·lela se li exigeix el compliment d'obligacions de transparència que requereixen una tasca jurídica altament especialitzada, sobretot per la necessitat de ponderar en cada cas, ja sigui en matèria de publicitat activa o també de dret d'accés, l'existència de límits legals a la transparència.

Amb la normativa vigent, doncs, el funcionari municipal o la unitat d'informació de qualsevol departament de l'Administració autonòmica, quan s'enfronta a una obligació de publicitat activa o derivada d'una sol·licitud de dret d'accés, disposa d'una normativa molt detallada que li especifica exactament quina informació ha de publicar o facilitar, durant quant de temps l'ha de publicar i com i quan s'ha d'actualitzar. Però, al mateix temps, tant la legislació bàsica estatal com la llei catalana li imposen uns llistats de límits que haurà d'aplicar, i també li indiquen que haurà de ponderar drets, interessos legítims i perjudicis a tercers, amb les tramitacions corresponents.

El primer element de complexitat és que, respecte de les SAIP, ha d'avaluar la concurrència de causes d'inadmissibilitat i motivar la resolució d'inadmissió, si és el cas, tenint en compte els diferents règims jurídics i també els criteris de la CIGO.

El segon element de complexitat és que, en tot cas, ha d'aplicar el *test del perjudici* envers els tercers, que, si escau, motivarà un tràmit d'al·legacions en què, alhora, haurà de ponderar i motivar si divulga o no la identitat del peticionari.

Un tercer element de complexitat deriva del judici d'aplicabilitat dels límits. Es tracta d'un judici de ponderació que parteix de la consideració que el dret de transparència no té la consideració de dret fonamental, cosa que s'haurà de sospesar quan entri en conflicte amb límits derivats de drets fonamentals, com ara el dret a la protecció de dades personals o el dret a la intimitat, entre d'altres.

Cal afegir que aquest judici de ponderació entre transparència i límits no és pas l'exercici de cap potestat discrecional, sinó el d'una potestat reglada, de manera que —com en el cas d'una sentència— només es pot arribar a una única solució jurídica.



Per tal d'arribar a aquest resultat jurídic l'Administració ha d'acudir a tècniques de contrast entre drets, com ara el principi de proporcionalitat —derivat del *test d'Alexy*—,<sup>23</sup> que li permetrà, per exemple, poder facilitar un accés parcial a la informació en la part que no estigui afectada per un límit.

En aquest sentit, tal com es desprèn dels articles 20, 21, 22, 25, 68 i 69 de la Llei 19/2014, el legislador ha estat molt clar en afirmar que l'aplicació dels límits és una potestat reglada, no discrecional, i que els límits s'han d'aplicar de conformitat amb la seva finalitat, han d'estar previstos en una norma de rang legal i s'han d'aplicar d'acord amb els principis d'igualtat i no discriminació, proporcionalitat, temporalitat (si així ho estableix la llei que els regula, diu l'art. 22 LTAIPBG), amb terminis específics (art. 36.1 llei 10/2001) i de conformitat amb el principi de licitud del tractament.

Per tant, ens trobem davant d'una operació de gran complexitat jurídica, que requereix ponderació, *balancing* entre drets i l'auxili de tècniques interpretatives com el test de proporcionalitat, operacions jurídiques molt sofisticades que normalment estan més a l'abast natural dels grans tribunals de justícia i que són més habituals en l'àmbit acadèmic, més avesat a la teoria general dels drets subjectius, ubicada en el camp del dret constitucional.

Finalment, com hem avançat, l'estàndard de diligència deguda en l'aplicació del dret de transparència no fineix aquí, sinó que s'incrementa per les exigències derivades del dret disciplinari específic en matèria de transparència. Així és com, en efecte, l'article 77.1 LTAIPBG disposa que és una infracció molt greu en matèria de transparència l'incompliment de les obligacions i els deures de publicitat establerts en els capítols II i III del títol II «aplicant de manera manifestament injustificada els límits a què fa referència l'article 7», i l'article 77.2 LTAIPBG, respecte del dret d'accés a la informació pública, assenyala com a infracció molt greu, entre d'altres:

a) Donar informació parcial, o ometre o manipular informació rellevant amb l'objectiu d'influir en la formació de l'opinió ciutadana.

[...]

c) Facilitar informació relativa a les dades personals compreses a l'article 23 sense el consentiment, exprés i per escrit, de les persones afectades.

En conclusió, podem afirmar que el dret de transparència autònomament considerat —publicitat activa i dret d'accés— ens mostra que el que aparentment es presentava com una mera i mecànica operació automatitzable de lliurament i publicació d'informació en poder de l'Administració, se'ns acaba revelant una sofisticada operació jurídica de ponderació entre drets subjectius, principis generals i béns jurídics de naturalesa, règim de protecció i significació molt diversos.

23. En aquest punt, any rere any, en els cursos de transparència que he impartit, he pogut copsar la perplexitat dels alumnes, majoritàriament funcionaris, en ser conscients d'aquest nivell d'exigència tecnico-jurídica, per més que, lògicament, les grans administracions disposin d'unitats especialitzades.

### 3.3. GOVERN OBERT, DADES OBERTES I GOVERN DE LES DADES

D'altra banda, la transparència no es concreta només amb les obligacions de publicitat activa i amb l'exercici del dret d'accés, sinó que té una segona derivada complementària en l'esfera del govern obert i en el règim jurídic de la reutilització de la informació pública.

La Llei 19/2014, del 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, a més de regular la publicitat activa i el dret d'accés, s'ocupa també —com hem vist anteriorment— de definir i regular el Govern obert, com a conjunt de mesures i mecanismes de participació ciutadana per a establir un diàleg entre l'Administració i la ciutadania en l'establiment de les polítiques públiques.

Juntament amb el *Govern obert*, cal considerar també el *govern de les dades*,<sup>24</sup> que és un terme definit legalment en l'article 10.1 del Decret 76/2020, del 4 d'agost, d'Administració digital, com «l'instrument organitzatiu que determina els criteris i elements que defineixen el govern de les dades a l'Administració de la Generalitat». En aquest sentit, hem de mencionar que el marc de referència són les normes ISO i UNE, així com la metodologia internacional DAMA (Data Management Association).<sup>25</sup>

Per tant, cal tenir present que la informació pública es vehicula a través de les dades, de la disponibilitat, integritat i seguretat de les dades en cada organització pública. I això implica, per exemple, que en la recollida de les dades que ulteriorment puguin ser objecte de publicitat activa o dret d'accés, s'hagin de preveure diversos factors com són els límits, el principi de limitació temporal i de minimització de les dades personals, així com qualsevol altra eventualitat que pugui afectar límits o béns jurídics protegits.

En connexió amb el govern de les dades, hem de mencionar la reutilització de la informació pública, que apareix parcialment en la Llei 19/2014 i el Decret 8/2021, però que troba el seu règim regulador complet en la legislació estatal, en la Llei 37/2007, del 16 de novembre, de reutilització de la informació del sector públic, i el Reial decret 1495/2011, del 24 d'octubre, que aprova el reglament que la desenvolupa, així com en el Reial decret llei 24/2021, del 2 de novembre, de transposició, entre d'altres, de la Directiva 2019/1024, relativa a les dades obertes i la reutilització de la informació del sector públic.<sup>26</sup>

Hem de tenir en compte que, com succeeix amb la legislació de publicitat activa i dret d'accés, la reutilització d'informació està subjecta a un extens catàleg de límits legals establerts en els apartats 3 i 4 de l'article 3 de la Llei 37/2007, en el redactat donat pel Decret llei 24/2021, alhora que es regula un sistema d'atorgament de llicències que requereix una tra-

24. El model de govern de les dades està considerat en l'Acord GOV/158/2023 del Govern de la Generalitat de Catalunya, del 25 de juliol de 2023, pel qual s'aprova el model de govern de les dades de l'Administració de la Generalitat de Catalunya i del seu sector públic, que hem de posar en relació amb l'Acord GOV/114/2024 del Govern de la Generalitat de Catalunya, del 7 de maig de 2024, pel qual s'aprova el Pla de govern obert i bon govern de l'Administració de la Generalitat de Catalunya i de les entitats que integren el seu sector públic per al període 2024-2025.

25. Vegeu: <https://administracioidigital.gencat.cat/ca/detalls/article/El-model-de-govern-de-les-dades>.

26. Així mateix, escau fer referència també al Reglament d'execució (UE) 2023/138, de la Comissió Europea, sobre dades d'alt valor.

mitació especialitzada, per la qual cosa ens remetem a les consideracions fetes sobre el nivell d'exigibilitat tècnica que comporta la gestió d'aquesta informació.

En definitiva, es tracta d'un conjunt d'iniciatives de transparència que es posen a disposició des del mateix Portal de la Transparència de la Generalitat, però també des de portals específics com ara el portal Participa Gencat,<sup>27</sup> relatiu als processos participatius que impulsa la Generalitat, o el portal Dades obertes,<sup>28</sup> on tant es pot consultar el catàleg de dades obertes com accedir a la reutilització de la informació pública.

### 3.4. CONCLUSIÓ: UNA ADMINISTRACIÓ SOFISTICADA I TRANSLÚCIDA

L'heterogeneïtat de drets i interessos amb els quals ha d'obrir-se pas la transparència ens duu a fixar la nostra atenció precisament en els estàndards de diligència deguda de les nostres administracions públiques, i, com hem vist anteriorment, aquest és precisament el marc en el qual operen el principi i el dret a una bona administració, en un ampli espectre que va des de l'exigència de deguda cura fins al retiment de comptes.

Considerant aquesta elevació dels estàndards de diligència, escau efectuar també una aproximació realista a quins són els recursos disponibles a les administracions públiques del nostre país.

Si analitzem el sector públic a Catalunya, hom pot constatar una desigual capacitat de recursos entre les microestructures administratives dels petits municipis i les administracions dels grans municipis o l'Administració autonòmica. En aquest sentit, caldria centrar el focus en l'Administració local, per tal de dissenyar una organització de la transparència que faci possible una prestació homogènia dels serveis de transparència, evitant que *de facto* s'avanci cap a una no desitjada *transparència dual*, amb estàndards desiguals de compliment de les obligacions de transparència.

El perill, tanmateix, és que els llarguíssims llistats, requisits, límits i tràmits complexos que ha fixat el legislador normatiu i reglamentari puguin acabar essent gestionats per sistemes d'IA que, al seu torn, no siguin gens transparents ni fàcilment controlables.

Finalment, hem d'advertir que el règim de transparència opera sobre matèries certament importants, però, en canvi, es veu limitat per nombrosos espais translúcids, com la seguretat nacional, la defensa, les relacions exteriors, la seguretat pública, els interessos econòmics i comercials, la política econòmica i monetària, la propietat intel·lectual i industrial, la garantia de la confidencialitat o el secret requerit en processos de presa de decisió, la protecció del medi ambient, entre d'altres.

Aquest llistat de límits és molt ampli, com reconeixen García de Enterría i Tomás Ramón Fernández, els quals puntualitzen:

[...] d'altra banda, és inevitable, però el mateix article 14 de la Llei (19/2013 estatal) es cuida de precisar que l'aplicació d'aquestes (excepcions) serà justificada i proporcionada al seu

27. Vegeu: <https://participa.gencat.cat/?locale=ca>.

28. Vegeu: <https://administracioidigital.gencat.cat/ca/dades/dades-obertes/inici/>.

objecte i finalitat de protecció i que les resolucions que les acordin seran objecte de publicació, una vegada notificades als interessats.<sup>29</sup>

El dret de transparència, certament, ha significat un canvi de tendència que ha aportat llum a moltes activitats administratives que la població desconeixia, però no és una transparència total ni suficient, si més no per a poder implementar la governança pública i la democràcia participativa en magnituds significatives.

## 4. NOVES TÈCNIQUES, TECNOLOGIES DISRUPTIVES I TRANSPARÈNCIA

### 4.1. EL *NUDGING*

#### 4.1.1. *De la psicologia a l'activitat administrativa conductual*

En els darrers anys s'observa una creixent tendència de les administracions públiques d'arreu a utilitzar les tècniques de *nudging*, és a dir, les provinents de l'economia i la psicologia conductual, que a partir del coneixement previ de determinats procediments psicològics conductuals permeten incidir de manera no coercitiva en la conducta dels ciutadans per tal d'assolir amb major eficàcia i eficiència els objectius dels programes i polítiques públiques.

Les aportacions de Richard H. Thaler sobre economia conductual van ser reconegudes amb el Premi Nobel d'Economia el 2017. Thaler i el professor de Harvard Cass R. Sunstein són els autors del llibre *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*, publicat l'any 2008, amb el qual van popularitzar l'ús del terme *nudge*, que podem traduir per subtils i petites empentes'.

Poc temps després, l'any 2009, l'Administració Obama<sup>30</sup> va crear el primer equip *nudge*, l'Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA), per tal d'explorar la seva aplicació en l'àmbit de les polítiques públiques, i l'any 2010 l'Administració Cameron, al Regne Unit, va constituir el Behavioural Insights Team (BIT).

Posteriorment, el 15 de setembre de 2015,<sup>31</sup> el president Obama va dictar l'ordre executiva *Using behavioural science insights to better serve the American people*, per la qual s'adreçava als departaments i agències públiques per a a) identificar polítiques i programes en els quals l'aplicació de les ciències del comportament pugui produir millores substancials i b) desenvolupar estratègies per a aplicar aquests coneixements als programes i polítiques públiques, així com per a, en la mesura que es pugui, provar i avaluar amb rigor l'impacte d'aquests coneixements.

---

29. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA i Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo II*, 17a ed., Madrid, Civitas, 2020, p. 506.

30. Vegeu: <https://www.lavanguardia.com/vida/20090307/53654090336/obama-inspira-sus-politicas-en-la-filosofia-nudge-ayudar-al-individuo.html>.

31. Vegeu: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2015/09/15/executive-order-using-behavioral-science-insights-better-serve-american>.

El mateix any 2015 el Japó va establir la primera unitat *nudge*, i el 2017 va crear el Behavioural Sciences Team (BEST) per a coordinar les diferents unitats *nudge*. A tall d'exemple de l'expansió d'aquestes unitats en l'Administració local, escau esmentar la creació l'any 2019 del Yokohama Behavioural Insights and Design Team (YBiT).

A partir d'aquí, podríem dir que la utilització del *nudging* ha experimentat una notable i creixent expansió arreu. Un dels casos més recents a l'Estat espanyol és el de la Comissió Nacional dels Mercats i la Competència (CNMV),<sup>32</sup> que el 28 d'abril de 2023 va anunciar l'elaboració d'un estudi —que s'ha de publicar l'any 2024— per tal d'analitzar «com l'economia conductual pot ajudar els poders públics a regular i supervisar els mercats».

#### 4.1.2. «Nudges»: concepte i exemples concrets

Cass R. Sunstein, que fou cap de l'OIRA, va definir el *nudge* com «[q]ualsevol aspecte de l'arquitectura de les decisions que modifica la conducta de les persones d'una manera previsible sense prohibir cap opció ni canviar de manera significativa els seus incentius econòmics».

El *nudging* parteix del coneixement del funcionament del procés mental de presa de decisions —l'arquitectura de la presa de decisions— i es focalitza en les *heurístiques*, que són les dreceres mentals que ens estalvien energia, i els *biaixos*, que són els errors sistemàtics causats per les heurístiques.

A partir d'aquests coneixements de psicologia conductual el *nudge* pot esdevenir un instrument per a oferir-nos més alternatives en el moment de la presa de decisions. Així ho fa, per exemple, l'etiqueta «Nutri-Score» que porten els aliments i que ens pot dissuadir de comprar un aliment mal puntuat, o els recordatoris de visites mèdiques, els advertiments gràfics, els recordatoris de normes socials, les factures d'electricitat que ens indiquen en què hem gastat més energia o fins i tot la simple disposició dels aliments a les neveres dels establiments públics, amb els aliments més saludables situats als llocs més accessibles.

D'altra banda, cal tenir en compte que els *nudges* es diferencien clarament dels *dark patterns* ('patrons foscos'), en què s'utilitzen els coneixements de la psicologia conductual per a manipular la voluntat de les persones. Es tracta de pràctiques prohibides per l'article 25 del Reglament (UE) 2022/2065, de serveis digitals, que en l'apartat 67 del seu preàmbul adverteix:

Les interfícies enganyoses de les plataformes en línia són pràctiques que distorsionen o minven substancialment, de manera deliberada o efectiva, la capacitat dels destinataris del servei de prendre decisions autònomes i amb coneixement de causa. Aquestes pràctiques poden utilitzar-se per a persuadir els destinataris del servei que adoptin comportaments no desitjats o decisions no desitjades que tenen conseqüències negatives per a ells.

Un exemple significatiu del *nudging* aplicat a les polítiques públiques és *El petit llibre dels nudges verds* publicat pel Programa de les Nacions Unides per al Medi Ambient l'any 2020, que es defineix com una guia per a reduir l'impacte ambiental dels campus universita-

32. Vegeu: <https://www.cnmc.es/prensa/estudio-nudges-20230428>.

ris a través de canvis en el comportament humà, potenciant pràctiques més sostenibles en el comportament dels estudiants i l'*staff*.

Aquesta guia defineix els *nudges* com a 'subtils i petites empentes':

[...] persuasió positiva i amable per a fomentar un comportament sostenible en els centres d'ensenyament superior. Per exemple, es consideraria una empenta donar als aliments més sostenibles un lloc prominent al menjador d'estudiants, que en qualsevol cas podran menjar el que desitgin. També ho seria inscriure automàticament els estudiants en un programa de bicicletes compartides, l'utilitzin o no. En tots dos casos, gràcies a aquests senzills canvis, l'opció sostenible resultaria més fàcil, notòria i, aparentment, més normal.

En la mateixa guia s'explica de manera molt didàctica quina és la base empírica sobre la qual s'utilitza el *nudging*:

Les empentes es basen en la comprensió de la psicologia de la presa de decisions. El cervell té recursos limitats per a donar sentit a un món complex i incert, per la qual cosa recorrem a dreceres mentals que fan que el nostre comportament depengui en summa mesura del context; per exemple, «fes el que fan els altres» o «pren l'opció més senzilla». Així mateix, una gran part del nostre comportament és automàtic: seguim rutines arrelades o actuem amb el «pilot automàtic». Conèixer aquests processos cognitius ens permet modificar les opcions a disposició de les persones (l'«entorn de decisió») per tal de fomentar determinades eleccions, o bé dissenyar expressament les opcions per a aprofitar o superar biaixos cognitius habituals.

En aquest context pot esdevenir habitual que molts gestors públics es plantegin que, amb una administració digitalitzada i amb una quantitat ingent de dades sobre la ciutadania, disposen de les eines adients per a fer un pas més: passar de la prestació de serveis a requeriment, a un nou model de prestació de serveis fonamentat en una acció proactiva de l'Administració. Així és com resulta usual trobar-nos amb propostes de noves maneres d'actuació pública; per exemple, en el camp de l'activitat de foment, es promou la resolució proactiva de la concessió de subvencions de manera que les persones que en puguin ser beneficiàries no hagin d'atansar-se a les oficines administratives, sinó que només hagin d'acceptar amb un clic el missatge SMS que oportunament i de manera diligent li envia l'Administració.

No obstant això, de la mateixa manera que l'Administració pot *preconcedir* una subvenció, també ens hem de qüestionar quina altra mena de decisions podria acabar adoptant aquesta nova administració proactiva a partir de la combinació entre el big data, la IA i la utilització de les tècniques de *nudging*. De fet, amb aquestes tècniques l'Administració ens podria endreçar el dia a dia, omplint la nostra agenda amb determinades visites preprogramades als centres sanitaris, a les entitats socials, prematriculant els infants als centres educatius en funció de les dades que ja té l'Administració, donant de baixa els vehicles que contaminen, atorgant-nos subvencions no demanades per a comprar determinats vehicles o electrodomèstics verds, etc. Les possibilitats de *servir proactivament* la ciutadania són, ara com ara, desconegudes, però també poden resultar inquietants i per això ens n'hem de preocupar jurídicament.

#### 4.1.3. El «nudging» com a potestat administrativa

El concepte de *nudge* proporcionat per Cass R. Sunstein ens ajuda a diferenciar-lo de les activitats administratives de prohibició o sancionadores, però no l'assimila a l'activitat de foment, per bé que és la que més s'hi podria aproximar.

Tota actuació administrativa que s'adreça a incidir de manera directa sobre l'esfera de llibertat del ciutadà amb el propòsit de fer efectiu l'interès general, està configurant una relació juridicoadministrativa en què hem de verificar, en primer lloc, que l'Administració estigui legalment investida de la potestat que li permeti actuar sobre la ciutadania. En conseqüència, el *nudging* requereix una habilitació legal i/o reglamentària prèvia que n'habiliti la utilització.

A partir d'aquí, hem d'analitzar jurídicament com es configura cada relació juridicoadministrativa concreta i si hi poden quedar afectats drets subjectius dels ciutadans, la qual cosa dona peu a aplicar el principi de proporcionalitat, és a dir, partint de la potestat conferida legalment i prèviament, l'Administració ha de valorar en cada cas la idoneïtat, la necessitat i la proporcionalitat de la utilització del *nudging*.

A més, caldrà valorar i ponderar adequadament si hi ha altres drets fonamentals, drets subjectius de configuració legal i interessos legítims que es puguin veure afectats per la utilització dels *nudges*.

Així doncs, per més que des del dret administratiu s'abordin els *nudges* amb tècniques de control com ara el principi de proporcionalitat, es tracta d'una equació a la qual hem d'afegir dues variables.

En primer lloc, pensem amb què estem operant: la ment humana, els seus biaixos, la seva estructura neuronal, les emocions. I ho fem amb els coneixements que la ciència té avui, que no són gaire contrastats, si es té en compte que els *nudges* no funcionen al 100 % amb tothom. Així, i tenint en compte la fragilitat evident dels coneixements actuals sobre psicologia conductual, quan l'Administració decideix incidir en aquesta esfera del comportament humà, a banda de l'evident immissió en el seu àmbit de llibertat, cal adonar-nos que jurídicament també estem modificant els patrons de conducta i els estàndards de diligència de la ciutadania. Lògicament, això ens duu a preguntar-nos quines poden ser les conseqüències en l'altre extrem de l'espectre relacional i, per tant, com s'hauran de valorar les infraccions i els elements subjectius de l'injust.

En segon lloc i partint de la constatació de la fragilitat de la ment humana i de l'evident desconeixement científic dels efectes a mitjà i llarg termini sobre les persones com a conseqüència de l'aplicació de les tècniques de *nudging*, l'Administració opera a través de tècniques jurídicament avançades, com ho és el principi de proporcionalitat, que en aquest context tan delicat pot exigir tenir en consideració moltes variables abans d'intervenir. En aquest sentit, pensem que una administració *proactiva* però mancada de recursos humans especialitzats pot veure's temptada d'utilitzar el *nudging* a través de sistemes d'IA que, a la pràctica, acabin per controlar i decidir el contingut i els subjectes a qui s'aplicaran els *nudges*, cosa que configuraria un nou escenari en el qual l'Administració podria acabar incidint en el comportament humà, les coordenades del qual no coneix totalment ni de bon tros a partir únicament de la psicologia conductual, utilitzant, a més, una eina com la IA, que ni tan sols

la mateixa Administració pot arribar a comprendre o que desconeix perquè senzillament és una tecnologia propietat d'un tercer.

El producte de combinar d'aquestes dues variables pot resultar un escenari complex, on realment s'està afectant la llibertat de la persona i on s'alterin seriosament els paràmetres jurídics que fins ara han regulat l'espectre relacional entre el ciutadà i l'Administració. De fet, la utilització d'aquestes tècniques conductuals pot acabar incidint en la lliure determinació de la voluntat, és a dir, pot produir el que en termes de dret privat entenem com un vici del consentiment, que pot comportar la nul·litat del negoci jurídic.

Però també podria tenir una vessant encara més inquietant si des del dret administratiu sancionador es comença a tenir en compte l'existència dels *nudges* per a posteriorment valorar de manera diferenciada els elements subjectius de l'injust, és a dir, el judici de culpabilitat.

Si partim de la base que, tal com està definit, la utilització d'un *nudge* no predetermina absolutament el resultat de la conducta humana ni és interpretada de la mateixa manera per tota la ciutadania, resultaria esferèidor que es pogués tenir en compte aquesta tècnica per a determinar o incrementar el grau de culpabilitat d'un subjecte sotmès a un procediment sancionador.

#### 4.1.4. *La transparència i el control de l'activitat administrativa conductual*

El professor Sunstein és molt clar en emfasitzar que la transparència ha de formar part de la utilització administrativa del *nudging*:

Les decisions del govern, en particular, haurien d'estar subjectes a l'escrutini públic i a la revisió. Un dels principals avantatges dels *nudges*, davant els mandats i les prohibicions, és que eviten la coacció. Tot i així, mai han d'adoptar la forma de manipulació o engany. El públic ha de poder revisar i escudar els *nudges* igual que les accions governamentals de qualsevol altre tipus.<sup>33</sup>

Com succeeix per a la resta de l'activitat pública, la transparència esdevé imprescindible sobretot quan aquesta activitat administrativa pot incidir en l'esfera psicològica de les persones. No s'ha d'oblidar que, malgrat les bones intencions que puguin tenir determinades polítiques o programes, el cert és que a través de la psicologia conductual s'està operant en una esfera íntima de la persona, en el seu procés intern —conscient, inconscient, més o menys racional— de presa de decisions.

Gran part de l'esforç esmerçat a explicar els *nudges* ha estat dedicat bàsicament a posar en relleu la seva efectivitat, el seu baix cost i els múltiples avantatges que la seva utilització pot oferir a la societat. En aquest sentit, s'ha arribat a parlar d'un cert «paternalisme llibertari» (Sunstein, 2008), així com d'un possible autoritarisme administratiu que es pretén evitar a través de la utilització de tècniques jurídiques com ara el principi de proporcionalitat.

---

33. Cass SUNSTEIN, «Algunas ideas generales sobre las aportaciones conductuales y los “nudges”», a Juli PONCE SOLÉ (dir.), *Acicates («nudges»), buen gobierno y buena administración: Aportaciones de las ciencias conductuales, «nudging» y sector público y privado*, Madrid, Marcial Pons, 2022, p. 23.



Així doncs, l'aplicació del principi de proporcionalitat en la implementació dels *nudges* ens asseguraria que s'ha efectuat un judici d'idoneïtat i de necessitat i que s'han desestimat les mesures que puguin ser més restrictives.

Juntament amb la transparència, resulta essencial la tècnica del control de la bona administració, en el sentit que es pugui controlar que l'Administració ha adoptat els estàndards de deguda cura i diligència en la implementació dels *nudges*, alhora que es pugui verificar igualment l'aplicació del principi de proporcionalitat.

En aquest sentit, la idea de la proporcionalitat ens permet distingir el grau d'immissió dels *nudges* en l'esfera íntima de l'autodeterminació humana, de manera que en funció de cada cas es pugui valorar si realment ha quedat afectada la llibertat del subjecte. D'altra banda, el professor Cass R. Sunstein precisament defensa la tècnica del *nudging* per tal de possibilitar una presa de decisions més lliures i informades, proporcionant la informació rellevant a la ciutadania.

Dit això i situant-nos en l'esfera de control *ex post* del *nudging* administratiu, podem trobar-nos casos en què els *nudges* consisteixin en informació o recordatoris, i en la seva qualificació com a actes administratius susceptibles d'impugnació. En aquest cas, i respecte de l'activitat informativa de l'Administració, com pot ser la consulta d'un informe de vida laboral, pot resultar d'interès la STS 143/2019, del 23 de gener de 2019 (recurs 359/2016), que ha considerat viable la consideració d'aquests tipus d'informes de vida laboral com a actes de tràmit qualificats a l'efecte de permetre a les persones afectades l'accés al recurs administratiu.

Per tant, i més enllà de la impugnabilitat concreta dels *nudges*, caldrà prestar molta atenció a les garanties de transparència i de bona administració respecte d'aquesta activitat administrativa conductual, ja que la utilització del *nudge* pot alterar els paràmetres de la diligència exigible a la ciutadania, la qual cosa pot comportar —com s'ha advertit— alteracions encara no adreçades en matèria de judici de culpabilitat en el dret sancionador.

## 4.2. ELS NEURODRETS

### 4.2.1. De la neurociència a la consciència de l'abast jurídic dels avenços científics: l'exemple xilè

Si l'exemple de les tècniques de *nudging* pot suscitar alguna inquietud pel que suposen d'immissió en l'esfera més personal i íntima de l'ésser humà, pel que comporten de coneixement i possible manipulació dels heurístics i biaixos que conformen el nostre propi sistema de presa de decisions, ens hem d'ocupar ara d'una altra esfera d'immissió en la nostra ment, ja que passem del camp de la psicologia al de la neurociència.

L'any 2013 Barack Obama, aleshores president dels Estats Units, va presentar el projecte «BRAIN Initiative» («Brain Research Through Advancing Innovative Neurotechnologies»),<sup>34</sup> que consistia en una investigació liderada per l'Administració nord-americana i

34. Vegeu: <https://obamawhitehouse.archives.gov/BRAIN>; vegeu-ne una explicació en castellà i comentada a <https://www.fpablovi.org/articulos-bioetica/1689-diez-anos-de-la-iniciativa-brain>.

la Universitat de Colúmbia amb l'objectiu d'aglutinar diverses especialitats científiques a fi i efecte de poder «mapejar el cervell humà», comprendre el funcionament del cervell, adquirir una comprensió holística del funcionament cerebral i assolir nous tractaments mèdics per a trastorns neurològics i psiquiàtrics.<sup>35</sup>

Quatre anys després d'endegar el projecte «BRAIN Initiative», el 2017, un grup de científics encapçalats per Rafael Yuste van publicar a la revista *Nature*<sup>36</sup> un article en el qual exposaven les seves preocupacions sobre els possibles resultats de la investigació en la investigació neurocientífica i, en concret, expressaven el seu neguit per la incidència que puguin tenir en la identitat, la privacitat, el lliure albir i el biaix, alhora que propugnaven el dret universal a beneficiar-se de la ciència.

En el dret constitucional comparat escau destacar que l'any 2021 l'article 19.1 de la Constitució de Xile va incorporar el concepte de *neurodret*, alhora que, dos anys després, una sentència de la Cort Suprema xilena del 9 d'agost de 2023 va incidir en aquests drets.

L'article 19.1 de la Constitució xilena del 2021 estableix —traduïm directament—:

[...] el desenvolupament científic i tecnològic ha d'estar al servei de les persones i s'ha de dur a terme amb respecte a la vida i a la integritat física i psíquica. La llei ha de regular els requisits, les condicions i les restriccions per a la seva utilització en les persones, i ha de resguardar especialment l'activitat cerebral, així com la informació provinent d'aquesta.

Poc temps després d'aquesta reforma constitucional, la Sentència de la Cort Suprema xilena del cas *Girardi vs. Emotiv Inc.* (ROL: 105065-2023), del 9 d'agost de 2023,<sup>37</sup> dilucidava un cas paradigmàtic de la significació i l'abast dels neurodrets.

Un ciutadà xilè va interposar una acció constitucional de protecció contra l'empresa Emotiv Inc. com a conseqüència de la venda i comercialització del dispositiu Insight, ja que considerava que el giny esmentat no protegia adequadament la privacitat de la informació cerebral dels seus usuaris, per la qual cosa invocava els apartats 1, 4, 6 i 24 de l'article 19 de la Constitució xilena.

El recurrent va adquirir a través de la pàgina web de l'empresa EMOTIV el producte Insight, que consisteix en un dispositiu sense fil (*wireless*) que funciona amb uns sensors que capten la informació sobre l'activitat elèctrica del cervell, de manera que obté dades sobre els gestos, els moviments, les preferències, el temps de reacció i l'activitat cognitiva de l'usuari.

A continuació, relata la Sentència, el recurrent, seguint les instruccions del dispositiu i amb l'objectiu de gravar i accedir a les seves dades cerebrals, va crear un compte en el núvol de dades d'EMOTIV, operació per a la qual va haver d'acceptar els termes i les condicions de l'empresa. Després va instal·lar-se el *software* denominat Emotive Launcher, però com que va

35. En l'àmbit europeu, en el camp de la neurociència cal destacar que la Unió Europea ha endegat el projecte EBRAINS 2.0 i el projecte META-BRAIN, aquest darrer amb la participació de l'Hospital Clínic de Barcelona.

36. Vegeu: YUSTE, «Four ethical priorities for neurotechnologies and AI», *Nature*, núm. 159, vol. 551 (9 novembre 2017). Disponible en línia a: <https://www.nature.com/articles/551159a>.

37. Disponible en línia a: [https://juris.pjud.cl/busqueda/pagina\\_detalle\\_sentencia?k=L2FadjlzYUdmb-Gx1UWNKWmV6ZjZ3dz09](https://juris.pjud.cl/busqueda/pagina_detalle_sentencia?k=L2FadjlzYUdmb-Gx1UWNKWmV6ZjZ3dz09).

utilitzar la llicència gratuïta i no pas la «PRO», va resultar que no podia exportar ni importar cap registre de les seves dades cerebrals. El recurrent va decidir no pagar la llicència i iniciar tanmateix la gravació de la seva activitat cerebral, i seguidament va assabentar-se que tota aquesta activitat havia estat gravada i guardada en el núvol de dades d'EMOTIV.

Davant d'aquest supòsit, la Cort Suprema xilena va decidir acollir el recurs plantejat pel recurrent:

[...] que l'Institut de Salut Pública i l'autoritat duanera avaluin els antecedents en ús de les seves facultats, disposant el que en dret correspongui, a efectes que la comercialització i ús del dispositiu Insight i el maneig de dades que se n'obtingui s'ajustin estrictament a la normativa aplicable en l'espècie i ressenyada en aquesta sentència. Això, sens perjudici que la recorreguda haurà d'eliminar sense més tràmit tota la informació que s'hagués emmagatzemat en el seu núvol o portal, en relació amb l'ús del dispositiu per part del recurrent.

En la fonamentació d'aquesta decisió jurisdiccional, la Cort Suprema xilena fa referència, en primer lloc, a l'article 19.1 de la Constitució de Xile (fonament jurídic [FJ] 4) i explicita (FJ 5) que aquest precepte constitucional materialitza l'especial preocupació del constituent pel tema de la neurotecnologia i els drets humans. En aquest sentit, la Cort exterioritza la preocupació general dels temps en què vivim, en què, per exemple:

[...] un descobriment que neix en un laboratori té la possibilitat d'assolir ràpidament conseqüències aplicades globals i reestructurar els límits ètics valoratius d'una societat determinada. És clar que és el que està ocorrent amb la tecnologia computacional i els límits de la privacitat, en un món on es transfereixen voluntàriament dades a sistemes el domini dels quals escapa al control de qui les aporta, o bé amb els assoliments de la descodificació del genoma humà i els nous desafiaments ètics i socials que plantegen la possibilitat d'editar aquesta informació i modelar l'evolució.

En aquest sentit, després d'haver invocat tant l'article 19 de la Constitució xilena com l'article 15 del Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals de les Nacions Unides, del 1966, la Cort conclou en el seu fonament jurídic vuitè *in fine* que, davant la irrupció d'aquestes noves tecnologies que tenen afectacions crítiques en l'ésser humà, escau una intervenció administrativa prèvia:

[...] davant l'arribada d'una nova tecnologia com la que és objecte d'actuacions, que tracta d'una dimensió que antany era absolutament privada i personal, tractada en entorns estrictament mèdics, com és l'activitat elèctrica cerebral, es fa absolutament necessari que prèviament a permetre's la seva comercialització i ús al país, aquesta tecnologia i aquests dispositius siguin analitzats per l'autoritat pertinent, entenent que plantegen problemàtiques no abans estudiades per ella.

#### 4.2.2. La regulació vigent i les propostes de regulació dels neurodrets

Des d'un punt de vista constitucional, les preocupacions que han suscitat les possibles conseqüències d'un ús incontrolat dels nous avenços científics en la neurociència, en matèria

de salvaguarda de la pròpia identitat, de protecció de la privacitat, de preservació del lliure albir i de la necessitat de protecció davant els biaixos, actualment les podem inferir dels drets fonamentals que protegeixen la dignitat, la intimitat, la llibertat individual i la salut, entre d'altres, tal com els trobem regulats en els llistats de la Carta Europea de Drets Fonamentals de la UE, en el Conveni Europeu de Drets Humans, en la Constitució espanyola i en l'Estatut d'autonomia de Catalunya.

En el dret europeu, hem de destacar el Reglament (UE) 2016/679 del Parlament Europeu i del Consell, del 27 d'abril de 2016, relatiu a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de les seves dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades, i pel qual es deroga la Directiva 95/46/CE (Reglament general de protecció de dades [RGPD]), que en el seu article 4.1 defineix les dades personals com:

[...] tota informació sobre una persona física identificada o identificable («l'interessat»); es considerarà persona física identificable tota persona la identitat de la qual pugui determinar-se, directament o indirectament, en particular mitjançant un identificador, com, per exemple, un nom, un número d'identificació, dades de localització, un identificador en línia o un o diversos elements propis de la identitat física, fisiològica, genètica, psíquica, econòmica, cultural o social de la persona esmentada.

En l'àmbit del dret positiu estatal, cal acudir al títol x de la Llei orgànica 3/2018, del 5 de desembre, de protecció de dades personals i garantia de drets digitals, que en el seu article 2.1, seguint el que disposa l'article 2.1 RGPD, conté una definició prou àmplia del seu objecte («El que disposen els títols I a IX i els articles 89-94 d'aquesta llei orgànica s'aplica a qualsevol tractament total o parcialment automatitzat de dades personals, i també al tractament no automatitzat de dades personals contingudes o destinades a ésser incloses en un fitxer»), que permetria encabir-hi les dades obtingudes de dispositius de lectura de l'activitat cerebral. Així mateix, en la legislació ordinària estatal trobem altres exemples de regulació dispersa, com ara el Decret llei 28/2020, del 22 de setembre, de treball a distància.

Quant a les propostes normatives, escau destacar la Declaració de Lleó sobre la Neurotecnologia Europea,<sup>38</sup> del 24 d'octubre de 2023, feta durant la presidència espanyola de la UE pels ministres de Telecomunicacions dels vint-i-set estats membres. En aquesta Declaració, a banda de proposar un marc jurídic regulador i de recordar el treball que ja estan duent a terme les Nacions Unides i el Consell d'Europa per a la intersecció entre neurotecnologia, IA i drets humans, resulta especialment rellevant la constatació següent:

Manipular, recopilar, conservar, processar i emmagatzemar dades cerebrals requereix summa delicadesa. Per exemple, l'anàlisi dels contractes amb consumidors de les trenta principals empreses de neurotecnologia del món mostra que totes processaven les dades cerebrals dels usuaris mitjançant mecanismes de consentiment, i totes menys una tenien permís per a compartir-los amb tercers. Això podria donar lloc a l'acumulació d'aquestes dades per part d'unes poques empreses. A falta de salvaguardes específiques, podrien transgredir la intimitat

---

38. Vegeu: <https://spanish-presidency.consilium.europa.eu/es/noticias/declaracion-leon-neurotecnologia-europea-ue-derechos-humanos/>.

de les persones i/o influir en els seus pensaments i comportaments, de manera intencionada o no. Això obre la porta a un nou mecanisme de ciberatac i difusió de desinformació que posa en perill les democràcies en què vivim i suposa una amenaça per als drets fonamentals a la dignitat humana, el dret a la vida privada i familiar, la protecció de dades personals, la llibertat de pensament i el respecte a la integritat física i mental [...].

En aquesta línia, el Govern espanyol ha impulsat, sense voluntat de substituir el càrrec constitucional de drets fonamentals, sinó de reforçar-lo, la Carta de Drets Digitals de la Ciutadania,<sup>39</sup> del 2021, que en el seu apartat xxvi, «Derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías», preveu una regulació per llei, segons el que disposa el seu apartat primer, amb la finalitat de garantir aspectes tan essencials com són el control de cada persona sobre la seva pròpia identitat, l'autodeterminació individual, la sobirania i la llibertat en la presa de decisions, la confidencialitat i seguretat de les dades obtingudes o relatives als processos cerebrals i el ple domini i la plena disposició sobre aquests, la regulació de l'ús de les interfases persona-màquina susceptibles d'afectar la integritat física o psíquica de la persona, i que les decisions i els processos no estiguin condicionats pel subministrament de dades, programes o informacions incomplets, no desitjats, desconeguts o esbiaixats.

Així mateix, l'apartat segon d'aquest precepte preveu:

[...] per a garantir la dignitat de la persona, la igualtat i la no discriminació, i d'acord, si escau, amb els tractats i convenis internacionals, la llei podrà regular aquells supòsits i condicions d'ocupació de les neurotecnologies que, més enllà de la seva aplicació terapèutica, pretenguin l'augment cognitiu o l'estimulació o potenciació de les capacitats de les persones.

La sola previsió de l'apartat primer de l'ordinal xxvi de la Carta de Drets Digitals de la Ciutadania ens mostra ja quines són les gravíssimes conseqüències que pot tenir per a la ciutadania un ús indegut d'aquesta nova revolució tecnològica.

En conclusió, sembla que hi ha un cert consens que els neurodrets que s'haurien de garantir són el dret a la identitat personal, el lliure albir, la privacitat mental, l'accés equitatiu a les noves capacitats, la protecció contra els biaixos i les discriminacions, i una protecció genèrica sobre la integritat mental. Tanmateix, ni la UE ni els estats del nostre àmbit continental de referència han avançat encara en iniciatives més concretes en les seves normes constitucionals.

### 4.3. LA INTEL·LIGÈNCIA ARTIFICIAL

#### 4.3.1. *El desvetllament de la intel·ligència artificial: les primeres regulacions*

Abans hem sostingut que les tecnologies i tècniques disruptives no poden ser abordades únicament com a compartiments estancs, sinó que les hem d'apreciar en moviment, fruit

39. Disponible en línia a: <https://espanadigital.gob.es/lineas-de-actuacion/carta-de-derechos-digitales>.

d'una combinació entre elles. Això és exactament predicable d'internet, la digitalització i el big data, que, juntament amb l'auge de la supercomputació, han impulsat decididament el que avui coneixem com a IA.

La recent irrupció del ChatGPT i l'aparició d'imatges, àudios i vídeos manipulats ha esdevingut la visualització plàstica de les extraordinàries potencialitats de la IA en el si de la nostra civilització. És a dir, de manera simultània ens hem adonat de les grans potencialitats científiques i econòmiques de la IA, però, dissortadament, també intuïm grans perills en l'esdevenidor, com assenyalava el professor Torres en preguntar-se «què passaria si un sistema de reconeixement facial dissenyat per a identificar uns terroristes s'aprofités per a monitoritzar activistes pacífics o per a reprimir minories ètniques?».<sup>40</sup> Es tracta, en aquest cas, d'una pregunta que pressuposa un ús humà de la IA, en aquesta hipòtesi, per a finalitats contràries als drets constitucionals.

En el moment actual, tanmateix, no sembla haver-se acreditat encara l'existència d'una IA que tingui consciència pròpia i independent dels humans, és a dir, el que Jordi Torres defineix en el sentit que «qualsevol IA actual no és un ens en si mateix que pugui pensar i raonar pel seu compte per decidir allò que vol fer. Sempre hi ha una mà humana que dissenya el seu propòsit i defineix com es vertebren la seva creació i l'ús posterior».<sup>41</sup> Però res ni ningú no ens assegura que això no canviï en un futur pròxim.

Davant d'aquest canvi de paradigma tecnològic, una de les recomanacions més generalitzades fetes per la comunitat científica —com també hem vist a propòsit de la neurociència— és la d'urgir els governs i els estats a regular la utilització de la IA.

Sense anar més lluny, la reunió del G-7 del 30 d'octubre de 2023 a Hiroshima<sup>42</sup> va acordar la necessària regulació de la IA, cosa que s'ha materialitzat en l'Ordre Executiva del president Biden del 30 d'octubre de 2023 (*Executive Order on the Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence*).<sup>43</sup>

Al continent europeu i precedida per un acord del «Trílogo»<sup>44</sup> del desembre del 2023, el Parlament Europeu finalment va aprovar el 13 de març de 2024 el Reglament Europeu de la Intel·ligència Artificial,<sup>45</sup> que ha estat publicat en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (DOUE) el 12 de juliol de 2024, com a Reglament (UE) 2024/1689 del Parlament Europeu i del Consell, del 13 de juny de 2024, pel qual s'estableixen normes harmonitzades en matèria d'IA i pel qual es modifiquen els reglaments (CE) núm. 300/2008, (UE) núm. 167/2013, (UE)

40. Jordi TORRES, *Intel·ligència artificial explicada als humans*, Barcelona, Plataforma, 2023, p. 27.

41. Jordi TORRES, *Intel·ligència artificial explicada als humans*, p. 30.

42. Vegeu: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/library/g7-leaders-statement-hiroshima-ai-process>.

43. Vegeu: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2023/10/30/executive-order-on-the-safe-secure-and-trustworthy-development-and-use-of-artificial-intelligence/>.

44. Expressió utilitzada en l'argot europeu per a referir-se a la Comissió Europea, el Consell i el Parlament Europeu, en una mostra del que es coneix com a «informal policy making» (vegeu Javier GUILLEM CARRAU, «Los trílogos en el procedimiento legislativo de la UE: el *informal law making* en la nueva agenda legislativa europea», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 92-93 (2014), p. 45-74, <https://doi.org/10.33426/rcg/2014/92-93/1208> (disponible en línia a: <https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/1208>).

45. En la data de lliurament d'aquest article aquest reglament encara no s'ha publicat al DOUE, per la qual cosa s'utilitza la versió publicada pel Consell a <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2024/05/21/artificial-intelligence-ai-act-council-gives-final-green-light-to-the-first-worldwide-rules-on-ai/>.

núm. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 i (UE) 2019/2144 i les Directives 2014/90/UE, (UE) 2016/797 i (UE) 2020/1828 (Reglament d'intel·ligència artificial; en endavant, RIA).

El preàmbul del RIA conté referències molt explícites a la projecció constitucional d'aquesta regulació, ja que afirma que el propòsit és:

[...] promouvoir l'adopció d'una intel·ligència artificial (IA) centrada en l'ésser humà i fiable, garantint alhora un elevat nivell de protecció de la salut, la seguretat i els drets fonamentals consagrats en la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea (en endavant, «Carta»), inclosos la democràcia, l'estat de dret i la protecció del medi ambient, protegir davant els efectes perjudicials dels sistemes d'IA a la Unió.

Alhora, el seu apartat segon conté aquest mandat:

El present Reglament s'ha d'aplicar de conformitat amb els valors de la Unió consagrats en la Carta, la qual cosa facilitarà la protecció de les persones físiques, les empreses, la democràcia, l'estat de dret i la protecció del medi ambient i, alhora, impulsarà la innovació i l'ocupació i convertirà la Unió en líder en l'adopció d'una IA fiable.

En l'apartat setè del preàmbul s'afirma que es pretén:

[...] garantir un nivell elevat i coherent de protecció dels interessos públics pel que fa a la salut, la seguretat i els drets fonamentals. Aquestes normes han de ser coherents amb la Carta, no han de ser discriminatòries i han d'estar en consonància amb els compromisos de la Unió en matèria de comerç internacional. També han de tenir en compte la Declaració Europea sobre els Drets i Principis Digitals per a la Dècada Digital i les Directrius ètiques per a una IA fiable del Grup independent d'experts d'alt nivell sobre intel·ligència artificial».

L'article 1.1 RIA, al seu torn, disposa que l'objectiu d'aquesta regulació és:

[...] millorar el funcionament del mercat interior i promouvoir l'adopció d'una intel·ligència artificial (IA) centrada en l'ésser humà i fiable, garantint alhora un elevat nivell de protecció de la salut, la seguretat i els drets fonamentals consagrats a la Carta, inclosos la democràcia, l'estat de dret i la protecció del medi ambient, enfront dels efectes perjudicials dels sistemes d'IA (en endavant, «sistemes d'IA») a la Unió, així com donar suport a la innovació.

En l'àmbit estatal, avançant-se a l'aprovació del RIA, el Reial decret 817/2023, del 8 de novembre, ja establia un entorn controlat de proves («*sandbox*») per a l'assaig del compliment de la Proposta de reglament del Parlament Europeu i del Consell pel qual s'estableixen normes harmonitzades en matèria d'IA.<sup>46</sup>

46. Es tracta, en síntesi, del primer *sandbox* per a implementar els requisits que seran d'aplicació als sistemes d'intel·ligència artificial, de manera que amb l'experiència i els coneixements que es generin es puguin obtenir guies d'actuació quan entri en vigor la nova normativa sobre intel·ligència artificial.

#### 4.3.2. El Reglament (UE) 2024/1689, sobre intel·ligència artificial

L'article 3 RIA defineix els sistemes d'IA com a sistemes basats en una màquina dissenyats per a funcionar amb diferents graus d'autonomia, que poden mostrar capacitat d'adaptació després del desplegament i que, per als seus objectius, infereixen de la informació d'entrada la manera de generar informació de sortida, com ara prediccions, continguts, recomanacions o decisions, que poden influir en entorns físics o virtuals.

Per tal de promoure una IA fiable i centrada en l'ésser humà, el RIA classifica els sistemes d'IA segons el nivell de risc i disposa un conjunt de garanties específiques en funció dels nivells de risc. El risc es configura com la combinació de la probabilitat i la gravetat del perjudici derivat de la utilització d'un sistema d'IA.

Així doncs, es crea un sistema de gestió de riscos que obliga proveïdors, responsables i usuaris, i que té en compte, principalment, els riscos per a la salut, la seguretat i els drets fonamentals. Val a dir, però, que el RIA no s'adreça directament a la ciutadania o els consumidors, sinó exclusivament a les persones físiques o jurídiques que gestionen aquests sistemes d'IA.

En aquest esquema de *compliance* es preveu, doncs, un conjunt de requisits *ex ante*, un conjunt d'obligacions documentals i de transparència, i un control i una monitorització *ex post* a càrrec d'un sistema institucional d'autoritats europees i estatals predeterminades en el mateix Reglament (UE) 2024/1689.

Certament, la tècnica de les autoritzacions sembla una aposta encertada per tal d'efectuar un control adient, sobretot en vista que el mateix Reglament (UE) 2024/1689 considera que determinades categories de sistemes d'IA poden representar riscos de gran abast. Igualment resulta encertat d'haver conservat l'estructura reguladora i institucional de l'RGPD, que, per cert, confereix un sistema de drets subjectius molt més articulat i complet que no pas el RIA.

En aquest punt, cal tenir present que la Recomanació 1/2023 de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades en relació amb la utilització de ChatGPT i el seu impacte en la protecció de dades personals, feta, per tant, abans de l'entrada en vigor del RIA, posa de manifest que el marc normatiu europeu ja establí determinats requisits en matèria de protecció de dades, com l'obligació dels responsables del tractament d'incorporar la privacitat des del disseny i per defecte en qualsevol tractament de dades personals (art. 25 RGPD) i de fer una anàlisi de riscos dels tractaments de dades, així com —per als casos d'alt risc per als drets i les llibertats de les persones— l'obligació de fer una avaluació d'impacte en la protecció de dades (art. 35 RGPD).

Des del punt de vista de la transparència, només es regula en un sol article (art. 50), que estableix les obligacions dels proveïdors d'assegurar-se que les persones físiques siguin informades que estan interactuant amb un sistema d'IA, tret que sigui obvi, així com les obligacions dels usuaris de sistemes de categorització biomètrica o reconeixement d'emocions, o de sistemes d'IA que produeixin imatge o so que semblin de veritat persones, llocs, objectes, etc. (*deep fake*), d'informar-ne les persones sobre les quals s'estigui utilitzant dita IA. Obligacions, totes elles, exceptuades respecte de determinats supòsits relacionats amb la persecució de delictes.

L'article 50 RIA també estableix l'estàndard d'obligació de transparència: el deure d'informar de manera clara i distingible (com a molt tard amb el primer accés) i el compliment dels requisits d'accessibilitat.



El més destacable és que l'article 50 RIA incrementa l'estàndard de diligència exigible a la ciutadania, ja que es passa d'un estàndard de ciutadà mitjà a una «persona física raonablement informada, atenta i perspicaç, tenint en compte les circumstàncies i el context de la utilització». Per tant, aquesta obligació de transparència decau en els supòsits en què resulti evident que s'està interactuant amb una IA.

Crida l'atenció que no es preveu cap règim específic de transparència quan els proveïdors o usuaris són administracions públiques, malgrat que la realitat ens demostra que s'estan utilitzant, cada vegada amb major profusió, els sistemes d'IA en la detecció del frau (SyRI), en ajuts socials (BOSCO), en activitats policials (VIOGEN, VERIPOL, PREDPOL), en presons (RISCANVI), ocupació (AMS) o educació (OFQUAL).

Si la transparència ha fet sortir a la llum les dades que es troben en poder de l'Administració i el principi de bona administració ha possibilitat també que es coneguin i es controlin tots els processos de presa de decisions públiques, de manera que les puguem analitzar, controlar i enjudiciar, la paradoxa de la IA és que podem passar a un nou sistema de presa de decisions que ni tan sols podem entendre o explicar, de manera que passem a una opacitat inèdita en tots aquells àmbits en què una decisió administrativa utilitzi els sistemes d'IA.

Els mateixos estudiosos de la IA reconeixen que és probable que ni tan sols el mer coneixement dels algorismes faci llum sobre com s'han pres determinades decisions, per la qual cosa la transparència algorítmica podria no servir-nos per a aquest propòsit. De fet, fins i tot l'apartat 59 del preàmbul del RIA diu:

No s'ha d'ignorar l'impacte de l'ús d'eines d'IA en els drets de defensa dels sospitosos, en particular la dificultat per a obtenir informació significativa sobre el funcionament d'aquests sistemes i la consegüent dificultat per a impugnar els seus resultats davant els tribunals, en particular per part de les persones físiques investigades.

Tanmateix, el RIA considera les garanties de traçabilitat. En aquest sentit, l'apartat 71 del preàmbul assenyala:

[...] cal portar registres i disposar de documentació tècnica que contingui la informació necessària per a avaluar si el sistema d'IA de què es tracti compleix els requisits pertinents i facilitar la vigilància postcomercialització. Aquesta informació ha d'incloure les característiques generals, les capacitats i les limitacions del sistema i els algorismes, dades i processos d'entrenament, prova i validació emprats, així com documentació sobre el sistema de gestió de riscos pertinent, elaborada de manera clara i completa. La documentació tècnica s'ha de mantenir adequadament actualitzada durant tota la vida útil del sistema d'IA.

Si el procediment administratiu és una garantia jurídica de racionalitat en la presa de decisions públiques —malgrat que hem de reconèixer que l'ésser humà no pren totes les decisions de manera racional—, en el cas dels sistemes d'IA pot esdevenir molt complicat adoptar mecanismes efectius per tal de conèixer, pas a pas, l'*iter* procedimental d'una determinada decisió i així poder determinar la seva conformitat amb l'ordenament jurídic vigent. La confiança en una IA sense control ni transparència efectiva podria conduir-nos a la validació irracional de tota mena de decisions, la qual cosa manlleva tot el sentit i la profunditat al

principi de bona administració. Cal recordar que, com succeeix respecte de l'èsser humà, la IA tampoc no és infal·lible.

Davant d'aquest panorama d'escassa regulació de la transparència, hem de tenir en compte que el RIA obre la porta a la regulació amb codis de bona conducta, dins el camp del *soft law*, i que, en qualsevol cas, les administracions públiques disposen d'un ampli marge regulador en el marc de la contractació pública, un dels principis rectors de la qual és la transparència.

Finalment, i un cop abordada la qüestió de la transparència, hem de posar de manifest que el RIA —seguint el que requereix l'Agència dels Drets Fonamentals de la UE (FRA) en el seu informe *Construir correctament el futur. La intel·ligència artificial y los derechos fundamentales. 2021*— no ha regulat cap acció específica per a les persones que siguin víctimes d'una violació dels drets humans com a conseqüència del desenvolupament o l'ús de sistemes d'IA. Tret de les accions i garanties de l'RGPD que tinguin a veure amb sistemes d'IA, doncs, per a la resta de qüestions el RIA no ha previst cap garantia específica per a les persones. I no se'ns pot dir que s'han imposat sancions dissuasives quan s'ha oblidat clamorosament la regulació de la responsabilitat patrimonial específica per a aquesta nova casuística.

#### 4.3.3. *La paradoxa de la transparència algorítmica*

En els darrers temps ha fet fortuna el sintagma nominal *transparència algorítmica*, de manera que el mateix legislador ha inclòs aquest concepte jurídic indeterminat en algunes normes jurídiques, com en el cas de la recent Llei valenciana 1/2022, del 13 d'abril, de transparència i bon govern.

En l'àmbit estatal, la Llei 12/2021 —coneguda com a «Llei *riders*»— ha modificat l'article 64.4 de l'Estatut dels treballadors per a afegir-hi el dret dels treballadors a

d) Ser informat per l'empresa dels paràmetres, regles i instruccions en els quals es basen els algorismes o sistemes d'intel·ligència artificial que afecten la presa de decisions que poden incidir en les condicions de treball, l'accés i manteniment de l'ocupació, inclosa l'elaboració de perfils.

Així mateix, l'article 1.1l de la Llei valenciana 1/2022, del 13 d'abril, de transparència i bon govern, en la seva modificació de l'article 63.1 del Decret llei 7/2024, del 9 de juliol, del Consell, de simplificació administrativa de la Generalitat, inclou com a informació de rellevància jurídica:

La relació de sistemes d'intel·ligència artificial d'alt risc d'acord amb el reglament d'intel·ligència artificial que despleguen o implanten. Així mateix, s'inclourà la relació de sistemes automatitzats i sistemes d'intel·ligència artificial d'ús general l'ús del qual impacte de manera significativa en els procediments administratius o la prestació dels servicis públics. Sense perjudi del desplegament reglamentari, i d'acord amb els principis de transparència i explicabilitat, la informació que cal facilitar inclourà la descripció, en un llenguatge clar i senzill, del disseny, funcionament i lògica del sistema, la seua finalitat, la incidència en les

decisions públiques, el nivell de risc que implica, la importància i conseqüències previstes per a la ciutadania, el punt de contacte al qual es pot dirigir, i si és el cas, l'òrgan o òrgans competents a l'efecte d'impugnació. Així mateix, s'informarà dels criteris generals d'impacte i risc adoptats per a delimitar els sistemes als quals s'ha de donar publicitat.

En aquest sentit, escau destacar l'article 23.1 de la Llei 15/2022, del 12 de juliol, integral per a la igualtat de tracte i la no discriminació, que diu:

[...] les administracions públiques afavoriran la posada en marxa de mecanismes perquè els algoritmes involucrats en la presa de decisions que s'utilitzin en les administracions públiques tinguin en compte criteris de minimització de biaixos, transparència i rendició de comptes, sempre que sigui factible tècnicament. En aquests mecanismes s'inclouran el seu disseny i dades d'entrenament, i abordaran el seu potencial impacte discriminatori. Per a assolir aquest fi, es promourà la realització d'avaluacions d'impacte que determinin el possible biaix discriminatori.

I l'apartat tercer del mateix precepte disposa:

Les administracions públiques i les empreses promouran l'ús d'una intel·ligència artificial ètica, confiable i respectuosa amb els drets fonamentals, seguint especialment les recomanacions de la Unió Europea.

Tanmateix, aquestes disposicions jurídiques que aparentment garanteixen una transparència algorítmica en uns termes molt raonables, topen amb un doble problema: d'una banda, la qüestió gens banal que ni tan sols els proveïdors o usuaris que posen a la disposició els sistemes d'IA, en coneixen realment els paràmetres de funcionament, i, d'altra banda, l'escassa regulació que conté el RIA, en el sentit que no incorpora cap dret d'accés específic. Així doncs, ens podem trobar davant la paradoxa que, fins i tot accedint als algoritmes, no estigui garantida l'explicabilitat de les decisions adoptades per un determinat sistema d'IA.

A més, caldrà abordar un problema no menor que és que, per a impugnar efectivament decisions fonamentades en IA, les persones han de saber si s'ha utilitzat una IA i de quina manera, i on s'han de presentar les reclamacions.

Tot això ens porta a la necessitat —reconeguda explícitament en l'article 4 RIA— d'al·fabetitzar el personal que gestioni els sistemes d'IA. La mateixa FRA ha afirmat en l'informe *Business and human rights. Access to remedy* que les empreses han d'incloure un procés de diligència deguda en matèria de drets humans per a identificar, prevenir, mitigar i retre comptes de com aborden el seu impacte sobre els drets humans.

En qualsevol cas, el paràmetre vàlid avui dia<sup>47</sup> per a la transparència algorítmica de l'Administració pública el marca la Resolució de la Comissió de Garantia del Dret d'Accés a

47. És a dir, mentre tècnicament els algoritmes donin resposta efectiva a com s'ha dissenyat un sistema d'IA en termes d'explicabilitat. Quan no sigui així, la transparència s'haurà de vehicular en els paràmetres tècnics que ens segueixin oferint una explicació tècnica i contrastada de l'actuació d'aquests sistemes.

la Informació Pública (GAIP) del 21 de setembre de 2016 (reclamacions 123/2016 i 124/2016), relativa a l'accés a l'algoritme matemàtic que es va utilitzar per a designar els membres dels tribunals correctors de les proves d'accés a la universitat. En aquesta resolució (FJ 3 *in fine*) es reconeix la utilitat de l'accés a l'algoritme en uns termes que són categòrics i molt didàctics:

[...] existeix un interès públic i privat —dels interessats— evident en poder comprovar que l'algoritme que guia tot el procés està correctament dissenyat per tal de garantir la igualtat de tots els participants en el procés selectiu.

#### 4.3.4. *Per un servei públic d'intel·ligència artificial*

Una evolució plausible dels sistemes d'IA és la que considera el professor Jordi Torres, que observa la IA com «un servei propi d'IA, que es convertirà aviat en una *utility* (servei públic) més i que es podrà subministrar d'una manera comparable a l'energia elèctrica, el gas o l'aigua».<sup>48</sup>

Essencialment, hem de distingir els rols de l'Administració pública *a)* com a usuària d'IA en serveis públics i *b)* com a garant dels drets de la ciutadania en l'ús de la IA.

Si analitzem la IA com a servei públic i si tenim en compte que ens trobem davant d'una tecnologia que es concentra majoritàriament en el sector privat, resulta adient valorar la contractació pública d'IA per tal d'oferir diferents serveis públics a la ciutadania. En aquest sentit, les mesures de transparència envers la ciutadania serien susceptibles de ser incloses, i, per tant, pactades prèviament, als plecs de clàusules administratives a través de les possibilitats que ofereixen, per exemple, l'article 28 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), pel que fa als requisits de necessitat i idoneïtat de la contractació, l'article 132 LCSP pel que fa al principi d'igualtat, transparència i respecte a la lliure competència, i l'article 145 LCSP pel que fa a la possibilitat d'afegir altres criteris als socials i mediambientals. Així mateix, és en els plecs de contractació on l'Administració contractant podria exigir determinats paràmetres de transparència algorítmica.

L'apartat 90 del preàmbul del RIA disposa:

La Comissió podria elaborar i recomanar clàusules contractuals tipus, de caràcter voluntari, entre els proveïdors de sistemes d'IA d'alt risc i els tercers que subministrin eines, serveis, components o processos que s'utilitzin o s'integrin en els sistemes d'IA d'alt risc, a fi de facilitar la cooperació al llarg de la cadena de valor. Quan elabori aquestes clàusules contractuals tipus de caràcter voluntari, la Comissió també ha de tenir en compte els possibles requisits contractuals aplicables en determinats sectors o models de negoci.

A Catalunya escau destacar que l'any 2022 l'Ajuntament de Barcelona va aprovar el *Protocol de definició de metodologies de treball i protocols per a la implementació de sistemes algorítmics*, que té per objectiu anticipar un marc normatiu, generar un marc de governança

48. Jordi TORRES, *Intel·ligència artificial explicada als humans*, p. 127.

i d'òrgans de supervisió, i introduir a cada fase de creació d'algoritmes totes les salvaguardes de drets fonamentals. De l'experiència de Barcelona és especialment interessant la previsió que conté quant als estudis d'impacte algorítmic amb caràcter previ a la licitació.

#### 4.3.5. *La governança de la intel·ligència artificial: vers una agència catalana d'intel·ligència artificial*

Una de les novetats del Reglament Europeu de la Intel·ligència Artificial rau en el sistema de governança pública, amb la creació d'organismes europeus i autoritats competents dels estats membres amb importants funcions reguladores, de coordinació i també en matèria d'exercici de les potestats de control i sancionadores. En aquest sentit, en l'àmbit europeu ja s'ha creat l'Oficina Europea d'Intel·ligència Artificial mitjançant la Decisió de la Comissió Europea del 24 de gener de 2024 (C/2024/390), publicada al DOUE número 1459, del 14 de febrer de 2024.

L'article 70.1 RIA preveu que «Cada Estat membre establirà o designarà almenys una autoritat notificadora i almenys una autoritat de vigilància del mercat com a autoritats nacionals competents als efectes del present Reglament». És evident que la dicció literal del precepte deixa explícitament oberta la possibilitat que es designin diverses autoritats notificadores i de vigilància del mercat com a autoritats competents, sens perjudici del punt de contacte únic que exigeix l'apartat segon del mateix precepte («Els estats membres designaran una autoritat de vigilància del mercat que actuï com a punt de contacte únic per al present Reglament i notificaran a la Comissió la identitat d'aquest punt. La Comissió posarà a disposició del públic la llista de punts de contacte únics»).

De moment, però, només s'ha constituït l'Agència Espanyola de Supervisió de la Intel·ligència Artificial (AESIA), creada en virtut de la disposició addicional setena de la Llei 28/2022, del 21 de desembre, de foment de l'ecosistema d'empreses emergents, que la configura com un organisme públic amb personalitat jurídica pública i amb potestats administratives inspectora i sancionadora en relació amb l'ús segur i fiable dels sistemes d'IA.

Segons el que resulta de la disposició final primera de la Llei 28/2022, relativa als títols competencials, la disposició addicional setena, per la qual es crea l'AESIA, es troba englobada en el conjunt de disposicions que són únicament d'aplicació en l'àmbit de l'Administració general de l'Estat i en el seu sector públic institucional.

El funcionament de l'AESIA s'estableix en el Reial decret 729/2023, del 22 d'agost, pel qual s'aprova l'Estatut de l'AESIA, que queda finalment adscrita al Ministeri d'Assumptes Econòmics i Transformació Digital, a través de la Secretaria d'Estat de Digitalització i Intel·ligència Artificial.

Per bé que en el moment actual la Generalitat de Catalunya ja compta amb la Comissió d'Intel·ligència Artificial, creada per l'Acord de Govern GOV/45/2024, del 27 de febrer, pel qual es crea la Comissió d'Intel·ligència Artificial i s'estableixen mesures en matèria d'IA, d'acord amb el que resulta de l'article 70.1 RIA i amb el marc vigent de distribució competencial, sens perjudici del punt de contacte únic que exigeix l'apartat segon del mateix precepte, ens trobem davant la possibilitat que Catalunya pugui assumir la creació d'una

autoritat de vigilància del mercat en el marc de les potestats atribuïdes pel RIA a aquestes autoritats competents.

## 5. UNA PROPOSTA DE REORGANITZACIÓ ADMINISTRATIVA

En el món corporatiu i també en la política, quan els esdeveniments sobrepassen les organitzacions, en moments crítics, és usual que s'abordin canvis importants, fenomen que en el món anglosaxó es coneix com a *reshuffle* ('reorganització'), *government reshuffle* ('reorganització administrativa') o *Cabinet reshuffle* ('reorganització del govern').

Un breu repàs dels darrers deu anys en el camp d'investigació de la IA mostra que en períodes breus de només sis mesos es poden produir canvis molt substancials, fins i tot no imaginables pocs mesos abans. I el mateix es podria predicar de la neurociència o fins i tot de la possible combinació entre IA, neurociència i *nudging*. Això significa que aquestes tecnologies avancen a un ritme vertiginós i que l'actuació administrativa ha de poder disposar d'instruments útils i tempestius per a adequar-se al ritme en què està avançant la tecnologia.

Si pensem en uns sistemes d'IA que puguin gestionar interfícies connectades amb la ment o que, mercès a les seves altíssimes capacitats de supercomputació, facin que ens acabem acostumant a un *nudging* a la carta, individualitzat, específic i diferenciat per a cada persona, o bé, per exemple, en la lluita entre sistemes d'IA oposats en funció dels interessos dels seus propietaris, les conseqüències són inimaginables. Però les hem d'afrontar.

Consegüentment, hi ha dues variables —la complexitat tecnicourídica i el temps— que han de ser abordades des d'una perspectiva totalment diferent de l'actual. Dit en altres paraules: si la tecnologia fa coses molt diferents o impensables fins fa poc, l'Administració ha de poder plantejar-se noves formes d'actuació complementàries de les vigents i que li permetin un abordatge real d'aquests reptes.

Cal tenir en compte que l'Administració també disposarà d'aquestes noves tecnologies i els seus beneficis en termes de reducció de terminis i optimització de recursos, amb la qual cosa, sobretot per l'impacte de la IA, s'haurà de fer una àmplia *government reshuffle* a les organitzacions administratives, és a dir, una reorganització de funcions, òrgans i efectius.

Les potencialitats de la IA fan que aquesta reorganització sigui inevitable perquè, en la mesura que la digitalització, el *big data* i la tecnologia ho permetin, s'anirà incrementant —gairebé a cost zero— el nombre d'actuacions administratives proactives, utilitzant sistemes algorítmics que eventualment puguin operar també amb *nudging* i en els successius camps que vagi obrint la investigació de la neurociència. En aquest sentit, hem de plantejar-nos un futur en què la IA o la neurociència esdevinguin prestacions de servei públic. De fet, el mateix RIA ja preveu amb tota naturalitat la creació «d'entorns controlats de proves» o «*sandboxes*». Totes aquestes variables requeriran una organització i uns equips ben diferents dels que tenim actualment.

Més enllà dels canvis organitzatius i en matèria de funció pública que esdevinguin necessaris en els propers temps, crec que ara mateix pot ser més útil començar la reorganització a partir dels òrgans de control de la bona administració, per tal de poder reaccionar ràpidament als reptes que presenten les noves tecnologies.

Evidentment, ja hem dit que l'article 70.1 RIA permet clarament que, sens perjudici del punt de contacte únic estatal, Catalunya disposi de la seva pròpia autoritat de vigilància en matèria d'IA, però ens hem de plantejar nous mecanismes de resposta a les inquietants advertències que fa el mateix preàmbul del RIA respecte dels drets fonamentals, les llibertats, la separació de poders i la democràcia.

En aquest sentit, fa una dècada ja s'havia identificat un sistema de tutela no jurisdiccional de la bona administració<sup>49</sup> que incloïa un seguit d'òrgans i institucions independents (Síndic de Greuges, Sindicatura de Comptes, Oficina Antifrau, etc.) que, sense tenir cap relació entre si, acabaven conformant una autèntica xarxa no formalitzada de control institucional de la bona administració. En aquest sistema institucional també s'hi poden incloure òrgans no jurisdiccionals que resolguin recursos en matèria tributària (tribunals econòmics administratius regionals i central), així com d'altres que resolguin reclamacions específiques de la seva regulació, com el Tribunal Català de Contractes o la GAIP, entre molts d'altres.

En el moment actual seria molt convenient analitzar totes les institucions que compleixen funcions de control i garantia de la bona administració, cadascuna des d'una òptica diversa, i plantejar-se la creació d'un sistema institucionalitzat de garantia precontenciosa de la bona administració.

No en va, aquest punt ha suscitat l'interès del professor Juli Ponce en el seu manifest *La millora de la gestió pública a Catalunya fonamentada en el dret a una bona administració que ens dugui cap a un bon govern*,<sup>50</sup> on afirma el següent:

26. En aquest sistema d'integritat, bon govern i bona administració, en referència a aquesta última, hauria de precisar-se la «jungla» d'òrgans amb competència per a ser els garants de la bona administració, introduint les modificacions normatives precises i potenciant la seva col·laboració i coordinació en aquest àmbit.

En aquesta mateixa línia, el dictamen de la FRA *Construir correctament el futur de la intel·ligència artificial i els drets fonamentals* (2021) assenyala que la UE i els estats membres han d'utilitzar millor les estructures proposades pels experts i ja existents per a protegir els drets fonamentals en el moment d'utilitzar la IA, incloent-hi els responsables de protecció de dades, els organismes d'igualtat, les institucions nacionals de drets humans, els *ombudspersons* i els organismes de protecció de consumidors.

Així doncs, i sens perjudici d'una possible modificació constitucional i legal del sistema jurisdiccional i en especial de la jurisdicció contenciosa administrativa, en vista de la progressiva tecnificació de l'activitat administrativa crec que és pertinent d'exportar amb caràcter més general el que constitueix un model de cert èxit experimentat a partir de la creació d'òrgans no jurisdiccionals especialitzats amb composició, organització i personalitat jurídica independents de l'administració activa, com hem vist en sectors de legislació específica.

49. Francesc MANCILLA MUNTADA, *La recepció a Catalunya del dret a una bona administració*, p. 708.

50. Juli PONCE SOLÉ, «La millora de la gestió pública a Catalunya fonamentada en el dret a una bona administració que ens dugui cap a un bon govern», abril 2024, disponible en línia a <https://drive.google.com/file/d/1jIvZ6pldsT1JkopwHyMPmT8NUaYuMUG/view> (última consulta: 29 juliol 2024).

A més d'aquest disseny institucional, que es podria articular en òrgans de composició especialitzada i mecanismes de provisió independents, els nous temps que ens esperen arran de les tècniques i tecnologies disruptives requereixen que actuem de manera diferent.

Amb aquest sistema es podria gaudir de la presència d'aquests òrgans especialitzats de control durant tot el procediment administratiu i també en la part final, és a dir, es podria garantir el dret a una bona administració a través de l'exercici de potestats *resolutòries* al final del procediment, però també mitjançant l'exercici de potestats *indicatives* durant la seva tramitació, la qual cosa resoldria, a més de les qüestions complexes, moltes altres que en la pràctica fan trontollar molts ens locals, sovint mancats de personal suficient i preparat per tal d'abordar problemàtiques jurídiques de primer ordre.<sup>51</sup>

En definitiva, es podrien crear i, si escau, reorientar òrgans especialitzats que actuïn durant tota la tramitació dels procediments administratius, que admetin la mediació, que garanteixin una resposta especialitzada i ràpida als problemes que se susciten. I per tal que aquests òrgans puguin actuar de manera immediata, caldrà articular nous drets subjectius i nous catàlegs de competències en les seves regulacions. Cal, doncs, una nova *arquitectura* del control administratiu sobre les decisions públiques.

Aquesta nova arquitectura institucional de tutela de la bona administració es podria combinar amb la creació d'una fiscalia o sindicatura de drets fonamentals que intervingués d'ofici davant dels òrgans de garantia precontenciosa sempre que hi hagués afectació de drets fonamentals, de manera que n'assegurés la tutela i possibilités l'exercici pertinent i tempestiu dels interessats dels procediments jurisdiccionals preferents i sumaris de protecció de drets fonamentals. Així, s'establiria un vincle entre el control administratiu i el posterior control jurisdiccional i s'asseguraria la màxima diligència i rigor en la defensa i garantia dels drets fonamentals des del primer estadi, vista la greu afectació que poden sofrir arran de les tecnologies disruptives.

En conclusió, podem afirmar que, davant d'aquests reptes disruptius derivats de la nova revolució tecnològica de la IA i els avenços de la neurociència, la resposta jurídica ha de ser necessàriament complexa i sofisticada, però també ha de poder ser diferent, és a dir, si l'entorn canvia de manera tan substancial, els juristes hem d'actuar amb tècniques i perspectives innovadores i que, sobretot, permetin que el dret compleixi la seva funció d'articular els principis basilars de cada societat, sempre amb ple respecte de l'estat de dret, els valors democràtics i els principis constitucionals.

---

51. En aquesta línia, podria resultar de gran interès l'anàlisi crítica relativa al sistema actual de recursos administratius, així com els casos més recents en matèria contractual, on sí que funcionen de manera satisfactòria, i les interessants propostes efectuades pel professor José María BAÑO LEÓN, «El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del derecho público español».



## 6. CONCLUSIONS: D'UN DRET ADMINISTRATIU SOFISTICAT A UN DRET CONSTITUCIONAL PRIMARI

A mesura que, com a societat, hem anat incorporant noves tecnologies, el dret administratiu ha anat gestionant aquests nous elements de complexitat per tal de garantir els drets dels ciutadans davant les immunitats del poder. De les tres tecnologies disruptives que hem analitzat en aquest treball, la que pot esdevenir cabdal és la IA, ja que pot catalitzar les dues restants, és a dir, el *nudging* i les aplicacions de la neurociència.

El nou RIA ha utilitzat una estratègia normativa clàssica en el dret administratiu especial: es regula una matèria i s'hi introdueix un organisme independent de garantia. Així es fa, per exemple, en l'àmbit de la protecció de dades personals, en la legislació de transparència, però també en molts sectors que anteriorment havien format part de monopolis estatals.

La combinació d'aquesta estratègia normativa, amb el control administratiu *ex ante* —que no és altra cosa que les autoritzacions «de tota la vida», com les coneixíem abans de la Directiva 123/2006/CE (Directiva «Bolkestein»)— i *ex post*, i l'ulterior control judicial comú a totes les matèries, certament dona unes certes garanties en els diversos sectors en què s'ha anat regulant.

Ara bé, la lectura del RIA suscita una dicotomia inquietant, atès que les enormes preocupacions que s'esmenten en el seu extens preàmbul no es corresponen amb les escasses mesures jurídiques que conté el seu articulat.

En qualsevol cas, i per més que es creïn nous conceptes jurídics indeterminats i que els nous organismes de control emprin tècniques jurídiques molt sofisticades, no crec que puguin resoldre efectivament el dilema a què ens enfronta l'expansió de la IA: és l'eterna qüestió, gens sofisticada i sí primària, de com es controla el poder i on se situa la sobirania. Ens hem de plantejar qui pren les decisions, com les pren, com les coneixem i com podem controlar-les. És, doncs, el paradigma clàssic del dret constitucional primari, que té una incidència clara en l'estructura constitucional del poder i la forma de govern.

Situats en aquest paradigma constitucional, si realment el legislador europeu estava preocupat per l'estat de dret, la democràcia i els drets fonamentals, i volia una IA fiable i centrada en la persona, resulta incongruent que no s'hagi emprès cap modificació del dret primari ni de cap norma constitucional estatal.

Dit això, assenyalarem tres qüestions que es podrien abordar en el futur:

a) Pel que fa a la transparència, a escala europea el RIA hauria de contenir un reconeixement explícit de les obligacions de transparència envers la població i un dret d'accés específic, per la qual cosa caldria desenvolupar l'article 42 de la CDFUE en l'àmbit de la IA per tal que qualsevol ciutadà pugui obtenir la tutela administrativa i jurisdiccional per tal d'accedir a la informació sobre els sistemes d'IA.

En l'àmbit estatal, caldria elevar l'estatus del dret d'accés a la informació pública per tal que fos reconegut com a dret fonamental, a banda de plantejar una regulació específica per a la IA.

Tant en l'àmbit europeu com en l'estatal i l'autonòmic, no s'ha de perdre de vista la possibilitat d'incrementar els estàndards de transparència mitjançant normes de *soft law* i car-

tes de serveis. En aquest sentit, l'exemple del *Protocol de definició de metodologies de treball i protocols per a la implementació de sistemes algorítmics* aprovat l'any 2022 per l'Ajuntament de Barcelona és significatiu.

En definitiva, s'hauria de constitucionalitzar el dret a l'explicabilitat de les decisions preses per sistemes d'IA i la seva garantia consubstancial: el dret a una decisió (administrativa o empresarial, segons si l'àmbit és públic o privat) explicable i amb el dret a obtenir una actuació humana alternativa sobre la base dels mateixos fets i pressupòsits.

A més, de manera paral·lela, es podria instituir en el dret públic una garantia consistent a crear el dret subjectiu a una *arquitectura decisional* humana, és a dir, alternativa a la utilització de sistemes algorítmics.

b) Pel que fa a la dignitat, la intimitat, la llibertat i la igualtat, tots ells drets fonamentals reconeguts explícitament en tots els catàlegs de drets constitucionals i presents com a principis generals de la comunitat de dret que conforma la UE, caldria avançar en l'eficàcia d'aquests drets fonamentals enfront de tercers, és a dir, seguint la doctrina de la *Drittwirkung* (efecte de tercers),<sup>52</sup> amb un sistema de tutela institucional i jurisdiccional ràpid i eficaç, amb inversió de la càrrega de la prova quan sigui necessari, i amb la previsió de mesures cautelars adequades.

En aquest sentit, trobem a faltar en el RIA una regulació específica dels drets subjectius de la ciutadania, com sí que els recull el Reglament (UE 2016/679) general de protecció de dades, l'article 22 del qual —una línia que s'ha de seguir— estableix el dret a no ser objecte d'una decisió basada únicament en un procés automatitzat. El mateix podríem dir dels *nudges* o de certs sistemes d'IA.

És particularment preocupant la intersecció entre IA, neurociència i *nudging*, que pot comportar conseqüències inimaginables, per la qual cosa tal vegada s'hauria de pensar en el dret a continuar mantenint l'essència de l'ésser humà i a no ser interferits per interfícies ni per sistemes d'IA.

c) En tercer lloc, caldrà avaluar si les estructures constitucionals de garantia democràtica, de l'estat de dret, dels drets fonamentals i de la separació de poders, són vulnerables davant l'aparició de macroplataformes multinacionals en línia que monopolitzin les tecnologies d'IA en sentit propi i d'altres que hi siguin connexes.<sup>53</sup>

52. Es poden trobar diferents traduccions a aquest terme. Per exemple, «eficàcia inter privatos» (María Paz García Rubio, «La eficacia inter privatos (Drittwirkung) de los derechos fundamentales», a Libro homenaje a Ildenfonso Sánchez Mera, vol. 1, Madrid, Colegios Notariales de España, 2002]). I, en un sentit més conceptual, podríem trobar el seu equivalent en l'extensió a tercers de les *state actions* del dret constitucional nord-americà.

53. Són gran interès les reflexions del professor Esteve Pardo, que traduïm directament al català: «Disposem d'un dret garantista enfront del poder públic més estès, el dret administratiu, però hem de reconstruir-lo o reorientar-lo per a establir un quadre de garanties enfront de poders privats i per a garantir l'atenció a l'interès general que suposadament feien valer els poders públics» (José ESTEVE PARDO, *El camino a la desigualdad: Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Madrid, Marcial Pons, 2023, p. 148).

En aquest punt, escau portar a col·lació la interrelació entre mercat i democràcia, ja que, com sosté Tomás de la Quadra-Salcedo,<sup>54</sup> «[e]n els orígens de la *Sherman Act* dels Estats Units hi havia no només les lluites contra els monopolis, sinó també la garantia de la pròpia democràcia», és a dir, que «una activitat econòmica controlada i dominada per uns pocs, acaba afectant la qualitat de la democràcia». A això hi podríem afegir la mateixa idea de sobirania i de poder legislatiu, ja que, una vegada aquestes grans corporacions s'ensenyoreixin d'un determinat sector econòmic, podrien dictar-nos les seves pròpies normes a través de la programació informàtica i els sistemes algorítmics.

La història demostra que cada vegada que s'ha produït un canvi tecnològic i s'ha generat un nou poder, sempre ha estat utilitzat, per la qual cosa és molt possible que els perills dels quals ens alerta l'extens preàmbul del RIA probablement s'acabin materialitzant.

Com a societats humanes constituïdes en el marc de l'estat de dret i del reconeixement de la dignitat inalienable de la persona i els drets humans, ens correspon d'escatir la resposta constitucional adient a aquestes tecnologies disruptives, assegurant així que les successives tècniques administratives no només siguin sofisticades sinó plenament coherents amb l'estructura i el sistema constitucional de valors i drets fonamentals.

## 7. BIBLIOGRAFIA

- ARELLANO TOLEDO, Wilma. «Los neuroderechos y su regulación». *Inteligencia Artificial*, vol. 27, núm. 73 (2024), p. 4-13.
- AUTORITAT CATALANA DE PROTECCIÓ DE DADES [APDCAT]. *Informe sobre Intel·ligència Artificial. Decisions Automatitzades a Catalunya*. Barcelona: Entitat Autònoma del Diari Oficial i de Publicacions, 2020. Disponible en línia a: [https://apdcat.gencat.cat/ca/documentacio/intel·ligencia\\_artificial/index.html](https://apdcat.gencat.cat/ca/documentacio/intel·ligencia_artificial/index.html).
- BERMEJO LATRE, José Luis. «La aplicación de la inteligencia artificial en la actividad formal e informal de la Administración». A: *XVIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* [en línia]. Vigo: Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, 2024, <https://congresoaeprdavigo2024.es/ponencias/>.
- BOIX PALOP, Andrés. «Transparencia en la utilización de la inteligencia artificial por parte de la Administración». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 100, p. 90-105. Disponible en línia a: <https://producciocientifica.uv.es/documentos/636ef5c99d-03b712f2200d86?lang=ca>.
- CAMPOS ACUÑA, Concepción. «Las 15 claves del Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial (Ai Act)». *Diario La Ley*, núm. 13390 (2024).
- CAPDEFERRO VILLAGRASA, Òscar. «La inteligencia artificial del sector público: desarrollo y regulación de la actuación administrativa inteligente en la cuarta revolución industrial». *Revista d'Internet, Dret i Política*, núm. 30 (març 2020).
- CERRILLO MARTÍNEZ, Agustí. «Com obrir les caixes negres de les administracions públiques? Transparència i rendició de comptes en l'ús dels algoritmes». *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 58 (2019), p. 13-28.

54. Tomás QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, «Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital», p. 46.

- COTINO HUESO, Lorenzo; CASTELLANOS CLARAMUNT, Jorge (ed.). *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*. València: Tirant lo Blanc, 2022.
- FRA [Agència de Drets Fonamentals de la Unió Europea]. *Construir correctament el futur. La intel·ligència artificial y los derechos fundamentales*. 2021. Disponible en línia a: <https://fra.europa.eu/es/publication/2021/construir-correctament-el-futuro-la-intel·ligencia-artificial-y-los-derechos>.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo II*. 17a ed. Madrid: Civitas, 2020.
- GENERALITAT DE CATALUNYA. *Estratègia d'Intel·ligència Artificial de Catalunya — Catalonia.AI*. Disponible en línia a: <https://politiquesdigitals.gencat.cat/ca/economia/catalonia-ai/index.html>.
- GÓMEZ DÍAZ, Ana Belén. «¿Para qué sirve la buena administración? Análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo». *Revista de Administración Pública*, núm. 223 (gener-abril 2024), p. 181-214.
- JIMÉNEZ ARANDIA, Pablo. *Transparència algorítmica al sector públic*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2023 (Govern Obert; 9). Disponible en línia a: <https://governobert.gencat.cat/ca/que-es/recursos-i-publicacions/colleccio-govern-obert/vol-9-transparencia-algoritmica/>.
- MANCILLA MUNTADA, Francesc. «Breves reflexiones sobre la buena administración y el buen gobierno». *Diario La Ley*, núm. 9689 (4 setembre 2020).
- MANCILLA MUNTADA, Francesc. *La recepció a Catalunya del dret a una bona administració: governança i bon govern*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2014 (Institut d'Estudis Autonòmics; 89).
- MURAYAMA, H.; TAKAGI, Y.; TSUDA, H.; KATO, Y. «Applying nudge to public health policy: practical examples and tips for designing nudge interventions». *International Journal of Environmental Research and Public Health*, vol. 20, núm. 5 (23 febrer 2023), p. 3962. DOI: 10.3390/ijerph20053962. PMID: 36900972; PMCID: PMC10002044. Disponible en línia a: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC10002044/>.
- DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, Elisa. «Inteligencia artificial y transparencia». *Diario La Ley* [Wolters Kluwer], núm. 6886 (2020). Disponible en línia a: [https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAEAC2OQW\\_CMAy-Ffw25TEJpYRocfCk9TmiCanc38dpIIRmJU8i\\_nwdYerKf9PnZ10KpDnRn8FTf3lftT6ubvco1xFAvMKRCinHMoFcfphG1Cg0X9H00sN3\\_G7fQgCNoFZO11FWZODL6E2VoVJ-7j7YiLm5BdDB2mZ6azFvpBS20avWs3aqGUBYBvN1FgUrOb5k8RP\\_lMmMz8hROBX-C4XYeKJPBrZQRvXmH\\_vL6grzBI0cJg\\_vDJeeo9MB\\_QU7OuFP6W3iRT6AAAAWKE](https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAEAC2OQW_CMAy-Ffw25TEJpYRocfCk9TmiCanc38dpIIRmJU8i_nwdYerKf9PnZ10KpDnRn8FTf3lftT6ubvco1xFAvMKRCinHMoFcfphG1Cg0X9H00sN3_G7fQgCNoFZO11FWZODL6E2VoVJ-7j7YiLm5BdDB2mZ6azFvpBS20avWs3aqGUBYBvN1FgUrOb5k8RP_lMmMz8hROBX-C4XYeKJPBrZQRvXmH_vL6grzBI0cJg_vDJeeo9MB_QU7OuFP6W3iRT6AAAAWKE).
- ORTEGA LOZANO, R.; MONASTERIO ASTOBIZA, A.; RODRÍGUEZ-ARIAS, D. «La ética de los nudges sanitarios: una discusión sobre su aceptabilidad en salud pública». *Revista Española de Salud Pública*, núm. 96 (5 octubre 2022).
- PONCE SOLÉ, Juli; VILLORIA MENDIETA, Manuel (dir.). *Anuario del buen gobierno y de la calidad de la regulación 2023: «Nudges» (acicates) y aportaciones conductuales para la mejora de las decisiones, con especial atención al mundo local*. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2024.
- PONCE SOLÉ, Juli. «Inteligencia artificial y (buena) gestión pública: sistemas algorítmicos usados en el sector público y control judicial». *Revista Gobernanza*, núm. 52 (2023). Disponible en línia a: <https://www.aigob.org/2023/06/08/inteligencia-artificial-y-buena-gestion-publica-sistemas-algoritmicos-usados-en-el-sector-publico-y-control-judicial/>.
- PONCE SOLÉ, Juli (dir.). *Acicates («nudges»), buen gobierno y buena administración: Aportaciones de las ciencias conductuales, «nudging» y sector público y privado*. Madrid: Marcial Pons, 2022.

- PONCE SOLÉ, Juli. *Manual de fonaments del dret administratiu i de la gestió pública*. 2a ed. València: Tirant lo Blanch, 2021.
- PONCE SOLÉ, Juli. «Inteligencia artificial, derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico». A: *La Administración al día* [web]. Madrid: INAP, 2019, <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1509505>.
- PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y el ejercicio de la discrecionalidad*. Valladolid: Lex Nova, 2001.
- QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás. «Inteligencia artificial, administraciones públicas y derecho. Una visión comparada de un derecho en construcción». A: *XVIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* [en línea]. Vigo: Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, 2024. Disponible en línea a: <https://congresoaeprdavigo2024.es/ponencias/>.
- QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás. «Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital». A: QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás. *Sociedad digital y derecho*. Madrid: BOE, 2018, p. 21-236. Disponible en línea a: <https://e-archivo.uc3m.es/entities/publication/ae6f348c-4b40-4c7e-ab2b-33f6028e985f>.
- RIDAO, Joan. *Constitutionalismes. Una immersió ràpida*. Barcelona: Tibidabo, 2024.
- SOTO BERNABEU, Laura. «La importancia de la transparencia algorítmica en el uso de la inteligencia artificial por la Administración tributaria». *Crónica Tributaria*, núm. 179 (2021), p. 93-129.
- SUNSTEIN, Cass. «Governing by algorithm? No noise and (potentially) less bias». *Duke Law Review*, 2023.
- THALER, R. H.; SUNSTEIN, C. R. *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. New Haven (CT): Yale University Press, 2008.
- UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, Dolores. «Lección 7. Situaciones subjetivas y relaciones jurídicas». A: *Manual de derecho administrativo*. Madrid: Revista de Derecho Público: Teoría y Método, 2023, p. 175-199.
- VESTRI, Gabriele. «La Unión Europea estrena el Reglamento de inteligencia artificial (RIA)». *La Ley*, núm. 13346 (2024).
- VESTRI, Gabriele. «La inteligencia artificial ante el desafío de la transparencia algorítmica, una aproximación desde la perspectiva jurídico-administrativa». *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 56 (2021), p. 368-398.