

EN TIEMPOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: EL ALGORITMO Y LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA



Por Beltrán Gambier

Está entre nosotros y no es de ahora. El algoritmo como herramienta tecnológica ya ayuda a las administraciones públicas a decidir y, con ello, a administrar. Si esa ayuda es para mejor, habrá que verlo caso a caso, pero que genera celeridad eso ya lo podemos afirmar.

I. ¿EXIGE ESTE AVANCE TECNOLÓGICO UNA RECATEGORIZACIÓN DE INSTITUCIONES JURÍDICAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO?

De momento, parece que no.

En efecto, nada cambia en la sustancia de las decisiones, solo varía el proceso constitutivo para llegar a ellas. Así, con la ayuda del algoritmo se decide acoger o rechazar, por ejemplo, una petición del administrado.

El funcionario se vale del algoritmo para acelerar su proceso decisor. Éste contiene valoraciones y pautas de origen reglamentario pero, como veremos a continuación, no es un reglamento, aunque se le apliquen algunos principios de esa categoría de actos.

II. ¿EL CONJUNTO DE ALGORITMOS CONSTITUYEN UN REGLAMENTO ADMINISTRATIVO?

Un reglamento administrativo es un acto administrativo de alcance general mediante el que se regulan variadas situaciones jurídicas entre la Administración y los administrados.

El algoritmo en cambio, como ya dijimos, es una herramienta tecnológica que permite a la Administración clasificar y ordenar situaciones variadas planteadas en peticiones o recursos de los administrados. Pero ese resultado, el de ordenar y clasificar, requiere de normas reglamentarias que den la base

de la “actuación” del algoritmo. De allí que para mí los algoritmos no son reglamentos.

Un ejemplo me servirá para explicarme mejor. Supongamos que para acceder a un servicio militar determinado, se exige una altura mínima (algo que, aprovecho para decirlo, es discriminatorio). Pues bien, imaginemos además que se presentan 1000 solicitudes para el ingreso habiendo 50 vacantes. Al “analizar” las solicitudes, un algoritmo puede hacer que se eliminen aquellas cuyo titular no reúne el requisito de altura mínima. En este caso, queda claro que el algoritmo no es un reglamento sino, en cambio, un dispositivo funcional a esa norma reglamentaria.

Siguiendo este ejemplo de la restricción por estatura, **Delia Ferreira Rubio** dice: «supongamos que el algoritmo ordena las solicitudes de acuerdo a la altura y le da la información ordenada al funcionario. No hay decisión. Ahora supongamos que el algoritmo analiza las solicitudes y elimina a los petisos y le da la lista «depurada» con los que superan la altura al funcionario. Ahí hubo una decisión». Y agrega: «la introducción de algoritmos en los procesos decisorios exige siempre transparencia y auditoría para evitar posibles sesgos, errores, discriminación, etc.».

Otro ejemplo: imaginemos la existencia de un país en el que hay cientos de miles de expedientes en los que tramitan nacionalidades. Los requisitos para obtenerla tienen fuente legal y en las solicitudes de los interesados se ha de evidenciar el cumplimiento de los mismos. Pues bien, puede que uno o más algoritmos ayuden a la Administración en ese proceso verificando que los requisitos estén cumplidos. Quizás algunos de ellos requieran de una comprobación del funcionario. Es evidente también en este caso que el algoritmo tampoco tiene naturaleza reglamentaria.

Sin embargo, hay opiniones en contra de esta aseveración precedente. Así, se argumenta “que los algoritmos empleados por parte de las Administraciones públicas para la adopción efectiva de decisiones han de ser considerados reglamentos por cumplir una función material estrictamente equivalente a la de las normas jurídicas, al reglar y predeterminar la actuación de los

poderes públicos...” (cfr. **Andrés Boix Palop**, *Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la adopción de decisiones*, Revista de Derecho Público: Teoría y Método Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Vol. 1, Madrid, 2020).

III. ¿QUÉ PAUTAS DEL RÉGIMEN DE DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS SE APLICAN A UN CONJUNTO DE ALGORITMOS EN UNA MATERIA DETERMINADA?

Podríamos decir, por ejemplo, que las vinculadas con la publicidad. Sin embargo, si consideramos que un determinado acto de aplicación del reglamento se dicta por la aplicación preponderante de algoritmos, ¿de qué nos sirve saber que actuó en ese proceso constitutivo un algoritmo? De poco, porque si hay argumentos para la impugnación, da igual la presencia de una acción tecnológica.

IV. ¿VARÍA EL PROCESO DE REVISIÓN DE LAS DECISIONES?

Nada cambia en el modo de revisión de las decisiones administrativas. No habrá nuevos recursos ni acciones especiales cuando uno o más algoritmos hayan sido utilizados.

V. LA CAUSA Y LA MOTIVACIÓN DEL ACTO CUANDO LOS ALGORITMOS ESTÁN PRESENTES

Sin embargo, sí estimo que puede resultar perjudicada con el uso de este avance tecnológico la expresión de la “causa” del acto administrativo (“circunstancias de hecho y de derecho” en la terminología técnica), es decir su “motivación”, en tanto esta es la expresión de la causa. Cuando ello ocurra el administrado deberá acceder plenamente a los criterios recogidos por el algoritmo. De lo contrario, sufrirá indefensión. La misma indefensión que se le produciría, por ejemplo, si no pudiera conocer un dictamen técnico que haya sido tenido en cuenta por la Administración para decidir.

VI. EL ALGORITMO EN LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS VINCULADOS CON LA ACTIVIDAD DE FOMENTO

Si para obtener una determinada prestación administrativa (subsidio, subvención, etc.) una administración regula la configuración de unos requisitos, el algoritmo ayudará al órgano -en todo o en parte- a verificar si se presentan los extremos exigidos. En esos supuestos, el administrado deberá saber, por supuesto, por qué uno u otro requisito pudo considerarse no configurado.

VII. CONCLUSIONES

La inteligencia artificial tendrá cada vez más presencia en el ejercicio de la función administrativa. Si bien supone una suerte de revolución tecnológica, no llega a impactar con magnitud en las instituciones del Derecho Administrativo generando una especial necesidad de cambio.