

# REFLEXIONES ANTE LA ACELERADA AUTOMATIZACIÓN DE ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

MERCEDES FUERTES<sup>1</sup>

**SUMARIO: 1. Introducción. 2. Una necesaria delimitación de los conceptos. 3. Pautas para guiar la regulación. 4. La luz se oscurece con el programa “Bosco”**

**RESUMEN:** La celeridad en extender la utilización de programas informáticos en los procedimientos administrativos para agilizar sus trámites y decisiones exige diferenciar las categorías de automatización y cierta “inteligencia artificial”, con el fin de reflexionar sobre su posible uso en las diversas manifestaciones de la gestión de los intereses públicos. Tras ofrecer unas pautas de regulación, la autora analiza el conflicto concreto que se discute ante los Tribunales de Justicia, la información del código fuente del programa “Bosco”, que fija el reconocimiento de un bono social término a determinados consumidores.

**PALABRAS CLAVE:** automatización administrativa, inteligencia artificial, bono social térmico, código fuente, programa “Bosco”

**ABSTRACT:** The rapid in extending the use of computer programmes in administrative procedures to speed up their procedures and decisions requires differentiating the categories of automation and certain “artificial intelligence”, with the aim of reflecting on their possible use in the various manifestations of the management of public interests. After offering some regulatory guidelines, the author analyses the specific conflict that is being discussed before the Courts of Justice, the information in the source code of the “Bosco” programme, which establishes the recognition of a term social voucher for certain consumers.

**KEY WORDS:** administrative automation, artificial intelligence, social thermal vouchers, source code, “Bosco” programme

## 1. INTRODUCCIÓN

Felicito a la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia por facilitar un espacio de deliberación sobre asuntos de tanta actualidad y relevancia. Urge

---

<sup>1</sup> Catedrática de Derecho administrativo de la Universidad de León.

que los juristas reflexionemos ante los grandes interrogantes y problemas que con premura se están presentando ante la rápida automatización de centenares de actuaciones y, en lo que a mí más me interesa, en el ámbito de la gestión de los intereses comunes. Agradezco al coordinador de este número, el Prof. Roger Campione su generosa invitación para ofrecer algunas consideraciones.

Nada descubro al recordar que una aspiración humana a lo largo de la Historia ha sido la de aliviarse de cargas y trabajos para lo que el avance mecánico y técnico ha resultado fructífero. Unas máquinas que, en ocasiones, tomaban como modelo a la persona. Algo comprensible y lógico ya que la sustitución de movimientos miraba como prototipo el comportamiento humano. Por ello, en los estudios sobre robótica resulta frecuente encontrar citado como primer libro en este ámbito la obra de Herón de Alejandría *Los autómatas* (Αυτοματοποιητική) siglo I. Con posterioridad, son referencia obligada la obra de Ramón Llull *Ars magna generalis* (s. XIII) donde dedica todo un capítulo a explicar el diseño de una máquina de lenguaje lógico; la obra de Ada Byron Lovelace, que configuró el primer algoritmo germen de la programación y, sobre todo, comentarios sobre la computación que precisó Alan Turing al analizar la inteligencia artificial<sup>2</sup>.

Igualmente existen otras atractivas narraciones literarias, siempre inspiradoras. Homero canta en la *Iliada* cómo el dios Hefesto creó dos aparentes muchachas de oro que le ayudaban<sup>3</sup>. ¿Es necesario recordar a Pinocho, el Homúnculo de Fausto, Frankenstein...? Estos y otros ejemplos son muestras continuas que insisten en la misma idea, a saber, la ilusión de que otros mecanismos, aparatos o autómatas asuman las tareas que molestan o cansan a las personas.

Ahora empieza a ser cada vez más factible en multitud de ámbitos. Los avances científicos han explotado con fuerza y se ha propagado con una extraordinaria irradiación la automatización rápida de procesos en los más diversos sectores, en variadas actividades.

Entre las principales causas que concurren para tan espectacular salto tecnológico se encuentran, por un lado, el desarrollo de las investigaciones sobre las redes neuronales, por otro, el notable incremento de la potencia de los ordenadores y procesadores, así como, en tercer lugar, la asequible posibilidad de un rápido tratamiento de un volumen ingente de datos. Todo ello ha dado lugar a una revolución espectacular con considerables impactos. Miles de máquinas realizan ya tareas y facilitan asistencia con presteza. Su cita sería larguísima

2 National Geographic ha publicado un artículo de divulgación sobre “Inventos griegos. Los autómatas de Herón”, julio de 2017. Con relación a Ada Lovelace existen suficientes biografías que han difundido su figura. Pero fue Alan Turing quien en su obra sobre la inteligencia artificial “Computing Machinery and Intelligence”, *Revista Mind*, 1950 analizó sus comentarios sobre la computación analítica.

3 En la *Iliada* leemos que Tetis encarga unas armas especiales para su hijo Aquiles con las que matará a Héctor y, a continuación, “**dos sirvientas por debajo de él, de oro, iban bien raudas moviéndose al servicio de su dueño y señor, parecidas a muchachas con vida. Tienen ellas sentido en sus entrañas y, asimismo, tienen fuerza y voz**” (de la edición de Cátedra de 2004 de Antonio López Eire, Canto XVIII, 420).

y, además, se incrementa cada día con nuevas iniciativas. No obstante, no me resisto a mencionar unos pocos ejemplos y ello porque, si desde el Derecho resulta necesario embridar tales avances para que no se desboquen, hay que ser conscientes también de cómo se han incorporado a los hábitos de muchas personas y a la gestión de tantas empresas.

Los ciudadanos utilizamos en la vida diaria entre otras decenas de aplicaciones, algunas que ofrecen la ruta óptima para sus desplazamientos y existen avances significativos de transporte sin conductor; están muy generalizados los asistentes de voz que resumen la información solicitada; las traducciones inmediatas de textos en decenas de idiomas. Cantidad de actividades económicas y profesionales cuentan con herramientas aliadas que facilitan el trabajo: hay múltiples programas que analizan los hábitos de consumo y señalan con prontitud los productos apropiados y los comercios más cercanos; en el sector financiero, analizan la evolución de las operaciones y aconsejan inversiones bursátiles; en la atención sanitaria, hay aparatos específicos para el diagnóstico o la asistencia quirúrgica... Asistentes aliados que conviven con otros programas nocivos. El incremento de las comunicaciones automáticas por la Red, alcanzan ya un volumen que representa los dos tercios del tráfico mundial y hay que recordar que un porcentaje significativo son ponzoñosos<sup>4</sup>.

Junto a estas múltiples actividades cotidianas facilitadas por programas informáticos, nos sorprenden más aquellas otras que tienen componentes creativos y artísticos. Parecía un espacio absolutamente reservado a inteligencias singulares y geniales. Sin embargo, impresionantes cuadros pictóricos, atractivos poemas o, incluso, la conclusión de la décima sinfonía de Beethoven son obras de fríos programas informáticos. El matemático Marcus du Sautoy explica con su acostumbrada brillantez tales situaciones<sup>5</sup>

Pero, como he señalado, mi preocupación profesional se enfoca en la gestión pública donde encontramos también centenares de usos: reconocimiento de huellas dactilares; programas que coadyuvan a comprobar la veracidad de las denuncias; otros dirigidos a luchar contra el blanqueo de capitales, contra el fraude fiscal, que ponen de manifiesto el maquillaje contable; del mismo modo que se persigue el fraude en la Seguridad Social o se incorporan instrumentos para incrementar la seguridad vial. La Comisión nacional de los mercados y la competencia utiliza herramientas informáticas para supervisar las situaciones en que la competencia aparece como distorsionada; o la Comisión nacional del mercado de valores para perseguir la utilización de información privilegiada o la manipulación del mercado de valores. Hay programas que facilitan la asig-

---

4 Me remito al informe de Barracuda Networks, *Ataques de Bot: principales amenazas y tendencias – información sobre el creciente número de ataques automatizados*, que desgrena estas aplicaciones, su procedencia, de dónde obtienen mayor información y los servidores que utilizan, dos nubes públicas AWS y Microsoft Azure, hábitos, horarios, medidas para detener su ataque, etc.

5 Entre sus libros destaco ahora “*Programados para crear. Cómo está aprendiendo a escribir, pintar y pensar la inteligencia artificial*”, Acantilado, 2020.

nación de subvenciones y otros que simplifican la supervisión de las ayudas sociales; programas que examinan las propuestas presentadas a las licitaciones públicas, la veracidad de los currícula de los candidatos. Existen herramientas para la supervisión y, en su caso, adopción de medidas sancionadoras ante la manipulación tóxica de alimentos; para seguir las denuncias y quejas de los consumidores. Hay instrumentos que alertan de las alteraciones en la calidad de las aguas de consumo o del riesgo de incendios. Programas que indican la posible cuantía de las indemnizaciones. Se están asumiendo sistemas automáticos en la gestión de servicios públicos para analizar las mejoras en las rutas y horarios del transporte, en la atención educativa que tratan de evitar el abandono escolar, y un larguísimo etcétera entre los que sobresalen los programas de “jurimetría”, esto es, el análisis profundo de millones de resoluciones judiciales y que permite conocer las decisiones administrativas más recurridas, las argumentaciones más relevantes y exitosas, así como los criterios de los Tribunales<sup>6</sup>.

La utilización tan rauda de metodologías que facilitan el análisis de datos y, a los efectos que aquí más me interesan, que ponen sobre la mesa propuestas de decisión, requiere de cierta cautela. Aunque sólo sea por la inmensa sorpresa que producen esos artilugios de eficacia veloz, que solventan en segundo lo que a varios profesionales expertos y diligentes les ocupa mucho tiempo, también

---

6 El catálogo de artículos que dan noticia de esas aplicaciones y herramientas es ya muy voluminoso. Ahora cito únicamente una representación breve, entre la que me ha sido útil para profundizar sobre algunos sistemas y reflexionar sobre sus consecuencias. Empiezo, por la influencia norteamericana, con el artículo de R. Shaheen y M. Aimal Kasi, “Gobierno por algoritmo: inteligencia artificial en agencias administrativas federales. El caso de EEUU”, *European Journal of Technology*, núm. 1/2021, págs 1 y ss. En España, A. Huergo Lora ha aunado en un libro colectivo, *La regulación de los algoritmos*, Ed. Aranzadi, 2020, interesantes artículos como el de I. Farrando Miguel relativo al mercado de valores y la protección del inversor, págs. 89 y ss.; también P. García Mexía y F. Pérez Bes han coordinado la obra colectiva *Artificial Intelligence and the Law*, Ed. La Ley, 2021. Resulta muy ilustrativa la propuesta de la Comisión nacional del mercado de valores: [https://www.cnmv.es/Portal/MiFIDII\\_MiFIR/Mercados-Negociacion-Algoritmica.aspx](https://www.cnmv.es/Portal/MiFIDII_MiFIR/Mercados-Negociacion-Algoritmica.aspx), así como las herramientas Artemis y Atlas de la Comisión norteamericana para evitar el uso de información privilegiada y la posible manipulación del mercado de valores. Otro ejemplo es el de la Comisión nacional de los mercados y la competencia: el 21 de noviembre de 2019 anunció la apertura de una investigación concerniente a software inmobiliario que podría haberse utilizado con fines contrarios a la normativa reguladora de la competencia, en concreto, para coordinar precios y otras prácticas comerciales y el 19 de febrero de 2020 anunció la incoación de un expediente sancionador a siete empresas a resultas de las inspecciones llevadas a cabo. Recoge ejemplos de cómo las Administraciones están incorporando tales sistemas en la gestión de servicios públicos, así como una amplia bibliografía y sistematiza propuestas interesantes A. Cerrillo i Martínez, “El impacto de la inteligencia artificial en el derecho administrativo ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?”, *RGDA*, núm. 50, 2019 y S. de la Sierra Morón, “Inteligencia artificial y justicia administrativa”, *RGDA*, núm. 53, 2020. Sobre los avances en la expresión lingüística y la traducción automática, anoto un dato suficientemente expresivo. Dos de los idiomas que más documentación ofrece en Wikipedia son el sueco y el acebano gracias a un programa informático que incorpora la inteligencia artificial para recolectar información y traducirla (Cinco Días 9 de septiembre de 2021).

por las propuestas inesperadas o insólitas que, en ocasiones, ofrecen. De ahí que desde hace años se estén analizando con rigor jurídico estas situaciones porque los conflictos jurídicos han empezado a proliferar y también resoluciones judiciales comienzan a marcar pautas ilustrativas. Recuerdo aquellas que me parecen más significativas.

Por ejemplo, con relación al programa COMPAS utilizado por los tribunales norteamericanos a la hora de valorar el otorgamiento de la libertad provisional ante las probabilidades de reincidir de un delincuente. Su cálculo se funda en las respuestas del acusado a más de cien preguntas, así como en el análisis de multitud de experiencias previas. Lo que puede incorporar ciertos sesgos. La jurisprudencia ha insistido en que su uso tiene limitaciones, pues no debe ser el criterio determinante para encarcelar a una persona y que, además su admisión ha de integrarse con la valoración de otros criterios, consideraciones y apreciaciones<sup>7</sup>.

Otro tribunal norteamericano prohibió la utilización de un programa informático que examinaba en Arkansas la asistencia pública a las personas discapacitadas y que sustituía las visitas domiciliarias del personal sanitario. Acumulaba multitud de datos, información que clasificaba y cuya valoración resultaba imposible modificar... y algunos desenlaces resultaban más que desconcertantes. Porque una cosa es el humor de Gila y otra distinta que se decida que una persona ya no necesite la asistencia que se le prestaba con anterioridad, inyectar medicamentos o dar masaje en una rodilla, porque ha desaparecido la causa de tal ayuda: se le ha tenido que amputar la pierna<sup>8</sup>.

También el Consejo de Estado italiano ha precisado criterios para la utilización de programas informáticos que incluyen un análisis ingente de datos que resultan muy ilustrativos. En concreto, al resolver las impugnaciones relativas a concursos de plazas de profesores, ha admitido la eficiencia del uso de tales sistemas en la tramitación de solicitudes que son similares y donde se aplican criterios reglados, que están muy estandarizados. Al mismo tiempo, ha precisado firmes pautas de actuación de la Administración. En concreto, esos

---

7 Una de las primeras sentencias en las que se cuestionó el uso del sistema COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions) fue la conocida como “asunto Loomis” (sentencia de 13 de julio de 2016 del Tribunal Supremo de Wisconsin). El acusado había sido detenido tras huir de la policía tras un tiroteo. Se declaró culpable con la esperanza de no ingresar en prisión. Sin embargo, durante el proceso, el fiscal presentó un informe que, conforme a ese programa COMPAS, existía un enorme riesgo de que reincidiera en la comisión de actos violentos. Se le condenó a algo más de seis años de cárcel. En el recurso presentado, se cuestionó la utilización de tal programa, pero el Tribunal, tras señalar sus limitaciones, lo admitió en concurrencia con otras consideraciones. T. Brennan y W. Dieterich ofrecen una explicación de su diseño, propósito, así como los diversos elementos tenidos en cuenta en el capítulo “Correctional Offender Management Profiles for Alternative Sanctions (COMPAS)” dentro del libro colectivo *Handbook of Recidivism Risk/Needs Assessment Tools*, Ed Wiley, 2018, págs. 49 y ss.

8 Resume este pronunciamiento conocido como *Arkansas Dept of Hum. Servs. vs Ledgerwood*, 530 SW.3d 336 (Ark. Sup. Ct. Nov. 9, 2017), M. Barrio en su artículo “Luces y sombras del Estado algorítmico de Derecho” *Diario La Ley* de 2 de septiembre de 2021.

sistemas han de garantizar el cumplimiento de los principios generales como la legalidad, la seguridad jurídica, su razonabilidad o su vinculación a un concreto órgano administrativo para facilitar el control posterior<sup>9</sup>.

Otra sentencia que tuvo gran repercusión fue la dictada por un tribunal de La Haya que declaró que afectaba al derecho a la intimidad el programa Syri. El análisis de los datos económicos y financieros con el objeto de perseguir el fraude fiscal, algo legítimo, pero que incidía demasiado en el ámbito privado y, sobre todo, podía ofrecer unos efectos no deseados al segmentar por grupos a la población de menor renta, inmigrantes u otros colectivos y llegar a discriminarles en la petición de ayudas sociales<sup>10</sup>.

Más abajo comentaré el conflicto que subsiste en España sobre el programa informático que evalúa los beneficiarios del bono social térmico (conocido comúnmente como “Bosco”). Prefiero posponer su análisis con el fin de realizar algunas otras consideraciones generales y atraer al lector a la reflexión y deliberación. Lo que requiere, primero, precisar el ámbito que ha de incluir la locución más utilizada, la repetida “inteligencia artificial”. Porque no todo lo que se acoge bajo esa expresión puede considerarse una técnica de inteligencia artificial y, además, con relación a lo que en estricta puridad queda dentro de sus lindes hay varios estratos, escalas o modalidades.

## 2. UNA NECESARIA DELIMITACIÓN DE LOS CONCEPTOS

Es frecuente que las expresiones técnicas que hacen fortuna en el habla amplíen sus referencias a otras diversas situaciones fuera del ámbito de los especialistas técnicos. Que sus contornos se flexibilicen, extiendan y amolden, llegando en ocasiones a referirse a los más diversos significantes porque un atractivo de éxito, elegancia y distinción los envuelve de tal modo que cualquier novedad ha de hacer uso de esa expresión para triunfar: todo producto se presenta como “smart” e inteligente (coches, relojes, televisores, neveras y un largo etcétera), los contratos que con celeridad ajustan de manera automática sus condiciones se califican de “smart contracts”. Y, en fin, si en el ámbito privado se avanza en esa inteligencia, también las Administraciones públicas no pueden dejar de intentar ser “smart”: los Ayuntamientos buscan conseguir conseguir alcanzar el sello de “smart city bureaucracy”, porque la Administración tiene que ser “smart administration”, esto es, eficaz y eficiente.

Hay que notar, además, que en los sistemas de inteligencia artificial no sólo los profanos en programación informática bautizamos con sorpresa multitud de resultados de los dispositivos electrónicos. Incluso los mismos científi-

9 Sentencias del Consejo de Estado italiano núm. 2270/2019, de de 8 de abril y 881/2020, de 4 de febrero. Alude a las mismas también S. de la Sierra, “Control judicial de los algoritmos: robots, Administración y Estado de Derecho”, Derecho local de Lefebvre.

10 Sentencia del Tribunal de distrito de La Haya de 5 de febrero de 2020 (ECLI:NL:RBDHA:2020:1878).

cos debaten sobre los contornos de su precisa definición. Por consiguiente, en primer lugar, hay que asentar algunas ideas básicas y reconocer la perspectiva personal desde la que se analizarán los problemas jurídicos.

Los científicos resumen que la locución “inteligencia artificial” surgió a mediados del siglo pasado para diferenciar los estudios que se estaban realizando en el ámbito de la cibernética. Los objetivos eran similares: hacer que las máquinas fueran cada vez mejores, que ofrecieran unas pautas de actuación que podrían calificarse como humanas. Lo que recuerda a la “prueba de Turing”, esto es, la metodología que consigue que, cuando estamos planteando preguntas a una máquina, consideremos que pudiéramos estar hablando con una persona. Sin embargo, tales investigaciones diferían notablemente. Sólo un dato ya significativo: una, se basaba en la lógica y las redes neuronales; la otra, atendía más a los datos y la estadística. Los espectaculares avances y logros de estos científicos fueron los que impulsaron el gran salto tecnológico<sup>11</sup>.

Los especialistas insisten en la necesidad de acotar la expresión ante el riesgo de su esparcimiento y la inclusión de programas informáticos que no responden con rigor a esa técnica. Hace años que la Comisión europea designó a un grupo de expertos con el fin de que presentaran un estudio sobre aspectos esenciales en este ámbito y se partió de una propuesta de definición algo genérica, a saber: los sistemas de inteligencia artificial son programas informáticos (y, en ocasiones, también equipos y dispositivos informáticos) diseñados por seres humanos que, dado un objetivo complejo, actúan en la dimensión física o digital mediante la percepción de su entorno y la adquisición de datos, la interpretación de los mismos estructurados o no estructurados, el razonamiento sobre el conocimiento o el tratamiento de la información, fruto de estos datos y la decisión de las mejores acciones que se llevarán a cabo para alcanzar el objetivo fijado<sup>12</sup>.

Además, hay que atender a otras opiniones científicas que insisten en subrayar que la inteligencia artificial es una metodología, no una tecnología. También que ha de diferenciarse de otros sistemas como el aprendizaje automático o de la estadística, sin perjuicio de reconocer el ingente volumen de datos que utiliza. Del mismo modo que resaltan que no funciona como el cerebro humano. Y, sobre todo, en lo que más insisten es en la necesaria atención a la com-

---

11 Su autor fue el científico McCarthy en la Convención de Dartmouth en 1956 y un hito relevante lo constituye el trabajo de N. Nilsson, (1980), *Principles of Artificial Intelligence*, Tioga Press. Un resumen de la evolución de estas investigaciones nos ofrece N. Oliver “Inteligencia artificial, naturalmente”, ONTSI.

12 El Libro Blanco sobre inteligencia artificial. Enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, tiene como referencia COM (2020) 65, de 19 de febrero de 2020. Con anterioridad, otro documento de la Comisión había delimitado en términos más genéricos esa inteligencia artificial “Inteligencia artificial para Europa” COM (2018) 237. También la OCDE ha aprobado una Recomendación sobre Inteligencia Artificial en mayo de 2019 a la que se han adherido varias decenas de países.



plejidad de los problemas y cuestiones a resolver<sup>13</sup>. La variedad de situaciones impone una prudente cautela a la hora de su regulación, con la que todavía no contamos, pero que habrá que precisar.

### 3. PAUTAS PARA GUIAR LA REGULACIÓN

La incorporación de esta metodología de predicción e, incluso, de adopción de decisiones se está extendiendo con notable vivacidad sin que contemos con un mínimo marco normativo para contener irregularidades, errores, efectos nocivos, situaciones imprevistas y nuevos conflictos jurídicos.

En todo caso, como en todos los avances, advertimos con facilidad las dos caras de ventajas e inconvenientes de estas nuevas metodologías. Como resumió Stephen Hawking “puede ser lo mejor o lo peor que ha sucedido a la Humanidad”. Las ventajas de la enorme eficiencia de resolver con inusitada diligencia un trabajo tan ingente; una mayor precisión; contar con una propuesta objetiva, en la que, en principio, no haya nepotismo, ni clientelismo, ni desviaciones de poder ni otras actuaciones fraudulentas o corruptas. Ventajas que están amalgamadas a que los datos siempre sean previos y, en consecuencia, no incorporen nuevas tendencias o cambios.

Aparece ahí ya un riesgo. De tanto mirar los datos existentes podemos considerar que esa es la realidad. Es como si miráramos por un espejo retrovisor para avanzar.... y lo que ocurre es que se retrocede. Lo mismo ocurre cuando se fijan unos parámetros exclusivos para el análisis, se altera y perjudica la libre actuación e iniciativa. Los comportamientos cambian ya que se encauzan sólo a lo que será valorado. Lo hemos comprobado en muchas ocasiones. Y los universitarios lo sufrimos, por ejemplo, cuando se difunden unos estrechos criterios de valoración para la carrera universitaria. El hecho de minusvalorar monografías sólidas frente a los breves artículos de revistas ha alterado, a mi juicio de manera dramática y perjudicial, la formación de los profesores.

Conociendo tales ventajas e inconvenientes, es relevante en segundo lugar diferenciar con nitidez las metodologías. Al menos, por un lado, la incorporación de las aplicaciones meramente automáticas, que arrojan el resultado de la acumulación de una multitud de datos; por otro, aquella que muestran una mera predicción partiendo de la conjunción de información previa; y, sobre todo, de otras que ya ofrecen una propuesta de solución tras el análisis de los datos y la incorporación de otros elementos y objetivos.

La mera automatización de procesos ha de originar, en comparación con otras situaciones, menos conflictos siempre que se marquen las pautas de diseño que eviten la discriminación y faciliten la comprensión y la razonabilidad

---

13 Vid. el trabajo de F. Emmert-Streib, O. Yli-Harja, M. Dehmer, “Artificial Intelligence: A Clarification of Misconceptions, Myths and Desired Status”, *Frontiers in Artificial Intelligence*, disponible en <https://doi.org/10.3389/frai.2020.524339>.



de los resultados. Las tres leyes que Asimov precisó en 1942<sup>14</sup>, resultan insuficientes ante tantos aspectos, situaciones y ámbitos necesarios para mantener la buena convivencia y proteger los intereses comunes.

Sabemos cómo avanzan algunas previsiones en determinados procedimientos administrativos para facilitar la gestión por parte de la Administración tributaria o del Instituto Nacional de la Seguridad Social porque se dirigen de manera preferente a agilizar el análisis de miles de datos<sup>15</sup>.

Distinto al mero análisis, dar pasos hacia la adopción de decisiones automatizadas requerirá recordar en infranqueables ámbitos. Así, la imposibilidad de incidir y conculcar derechos fundamentales o libertades públicas, del mismo modo que ha de garantizarse el trato no discriminatorio y la igualdad de oportunidades.

Igualmente, sabemos que el artículo 22 del Reglamento europeo de protección de datos resulta suficientemente expresivo al establecer que cualquier ciudadano tiene el derecho “a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar”.

Por lo que afecta a la segunda categoría que he recordado, las metodologías predictivas, interesa que expliquen el fundamento de su previsión. Esto es, el proceso ha de ser conocido en su base y ha de resultar comprensible en su resultado con el fin de evitar la descalificación como “algorracia”, el gobierno de los algoritmos, la dictadura y el fundamentalismo de esas operaciones que únicamente atienden a lo que ocurrió en el pasado, como las antiguas predicciones meteorológicas que se apoyaban en la media de las temperaturas de los últimos cincuenta años. Es cierto, como ya dejó dicho Platón y se repite en estos foros de especialistas en automatización de procesos, que “una buena decisión está basada en el conocimiento, no en números”, hoy diríamos, en los datos. Pero hay que reconocer que gran parte del conocimiento deriva de una buena comprensión de los datos. Y, en ese sentido, tampoco cabe despreciar un programa informático, bien diseñado. De ahí la necesidad de insistir en que las Administraciones mantengan los sistemas actualizados intentando su constante perfeccionamiento.

La celeridad de los cambios técnicos y de criterios generará extrañeza, además de inseguridad. Hay que insistir en la prudencia, en la mesura ante tanta precipitación en la inmediata incorporación de nuevos programas. Es necesario dar tiempo al tiempo para advertir los efectos y las consecuencias, conjugar la

---

14 Se cita el cuento *Círculo vicioso*, 1942, como el que recogió por primera vez esas leyes de que los robots no pueden en ningún caso dañar al hombre, ni por acción ni por omisión.

15 Vid. art. 96.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. También la Resolución de 23 de febrero de 2016 del Instituto Nacional de la Seguridad Social regula la tramitación electrónica automatizada de diversos procedimientos para el reconocimiento de prestaciones sociales. Interesantes consideraciones defiende I. Martín Delgado (2009). “Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada”. *Revista de Administración Pública*, 180, pp. 353-386.

recogida de datos con un riguroso análisis de pruebas y predicciones con el fin de no generar una quiebra del principio de confianza legítima en la actuación pública.

Cada ámbito de competencias públicas tiene sus propias exigencias y necesidades. Si recordamos la clasificación clásica de la actuación administrativa, podemos reflexionar sobre cómo de diferente será la introducción de programas informáticos que automaticen solicitudes, reduzcan trámites e, incluso, propongan resoluciones. En el tradicional ámbito de la “policía” resultará asequible que programas informáticos expurguen con rapidez datos para comprobar el cumplimiento de requisitos, evitar fraudes, verificar pruebas, calcular daños. Cosa distinta son las garantías que dan a los ciudadanos los informes técnicos y jurídicos en un procedimiento sancionador. Porque el lenguaje en que nos expresamos, todavía es distinto.

En el entorno de los servicios públicos son numerosos los ejemplos de programas informáticos que están facilitando su gestión: la comprobación de la calidad de las aguas destinadas al abastecimiento de la población, la alerta de una fuga en la canalización o en el deterioro de los filtros de la depuradora; el análisis de la movilidad de los vecinos, el trayecto que prefieren desde su domicilio al trabajo para la organización de las rutas de transporte público; la automática alteración de las rutas de los camiones de recogida de basuras conectados con los sensores de los contenedores, el mejor proceso de reciclado de los residuos...

Del mismo modo, en las actuaciones de fomento se han incorporado programas para la gestión de las solicitudes de subvenciones; robots que contestan las dudas de los peticionarios... En fin, la lista de ejemplos que se incorporan con rapidez en los grandes Ayuntamientos aumenta cada día. De ahí que interese anotar otras precisiones jurídicas porque la programación informática avanza con notable presteza.

Y es que ya se han incorporado programas que proponer la resolución administrativa. Si tal decisión es fruto del análisis de unos presupuestos absolutamente reglados, de la comprobación de unos requisitos y condiciones que no generan dudas interpretativas, claramente precisos, y los efectos de la decisión son también nítidos sin margen de apreciación, en ese caso, no parece existir un obstáculo jurídico para que un programa facilite la decisión.

Mayor precaución ha de tenerse para admitir decisiones automatizadas en ámbitos donde impere la discrecionalidad administrativa. La legislación alemana de procedimiento administrativo ha prohibido el uso de la inteligencia artificial en las decisiones discrecionales<sup>16</sup>.

A mi juicio, hay que ir diferenciando situaciones y circunstancias pues pueden ofrecernos perspectivas variadas. Los programas informáticos pueden facilitar la presentación de alternativas a los proyectos de obras, trazados me-

---

16 Vid. A. Huergo, “Administraciones públicas e inteligencia artificial ¿más o menos discrecionalidad?”, *El Cronista*, núm. 96-97, 2021, págs. 78 y ss.

nos contaminantes, un mejor diseño de parques y zonas verdes... En tales casos, veo menos reparo para la admisión de contar con propuestas automatizadas. Por el contrario, en aquellas decisiones en las que concurren otras facultades de valoración de políticas públicas, los artilugios “inteligentes” deberán quedar algo al margen al carecer de cualquier legitimación social. “Algo al margen” porque, como sabemos, en el ejercicio de tales facultades discrecionales resulta posible que se ilustre a la autoridad decisora con informes y propuestas que ofrezcan diversas alternativas posibles. Tales propuestas pueden ser diseñadas por programas informáticos que, con rigor, sin sesgos de clientelismo ni nepotismo, de manera objetiva, presente algunas opciones. La decisión corresponderá a la autoridad competente, pero en el procedimiento administrativo podrá haber tenido un papel destacado el programa informático. Y añadido, en estos casos, me parece indispensable que la autoridad justifique el por qué se aparta de las alternativas ofrecidas por ese programa informático.

En consecuencia, tales procesos automatizados no deben ser minusvalorados cuando matemáticos y técnicos han analizado y ponderado con rigor toda la información para diseñar el proceso óptimo con el fin de alcanzar la decisión más eficaz. Resultará necesario realizar una previa auditoria con perspectiva jurídica y mantener su seguimiento y control.

Comprender esos elementos y su proceso resulta clave. Porque valorar la procedencia de las decisiones exige conocer no sólo los datos que se consideran, sino también la estructura de los programas. En este punto es relevante la tensión entre la opacidad y la transparencia. En principio, hay que decantarse por la transparencia en la gestión administrativa pero sin desconocer los derechos de propiedad intelectual, el secreto empresarial, la protección de los derechos del diseñador... En aquellos ámbitos donde puedan afectarse derechos fundamentales o libertades públicas, ha de favorecerse la transparencia. La necesaria adhesión de los ciudadanos a la gestión pública como también el control indispensable de la actuación administrativa han de coadyuvar en ese sentido. De ahí que resulte preferible el fomento de la utilización de programas abiertos por la Administración, la difusión de las herramientas y algoritmos que se utilicen o, al menos, los elementos tenidos en cuenta para su configuración<sup>17</sup>.

---

17 El trabajo de N. Oliver “Inteligencia artificial, naturalmente” cit. resume la distinción que ha generalizado J. Burrell, quien diferencia: a) una opacidad derivada de la propiedad intelectual, b) otra porque sólo los expertos conocen el lenguaje y lo entiendan y c) el aprendizaje profundo de la máquina que sólo los muy expertos pueden interpretarlo, de ahí la necesidad de insistir en que los procesos sean explicables (pág. 130). A. Cerrillo, en su sugerente artículo “Impacto de la inteligencia artificial...”, cit. insiste en las previsiones legales que justifican la información por las Administraciones públicas de esos programas automáticos (arts. 157.2 LRJSP, art. 13 de la Ley 19/2013), así como resoluciones relativas al acceso de información. También M. E. Gutiérrez David, “Administraciones inteligentes y acceso al código fuente y los algoritmos públicos. Conjuro riesgos de cajas negras decisionales”, *Derecom*, 30, 143 y ss, aporta suficientes argumentos para defender la transparencia de los elementos básicos del código fuente. En el Reino Unido, la Oficina central digital y de datos ha publicado un marco de referencia con el fin de que los organismos del sector público informen sobre los algoritmos que utilizan y su propósito. Vid. <https://www.gov.uk/government/publications/>

Sin embargo, tal información puede resultar vana por ser incomprensible en la tercera categoría, la categoría a la que, a mi juicio, debería tener reservada la locución de “inteligencia artificial” por originar una asistencia similar a la creatividad humana, por constituir tales procesos una innovación ingeniosa.

Dejemos descansar un momento la atención de las cuestiones jurídicas porque, como ya he recordado, resultan ciertamente espectaculares algunas noticias sobre resultados de programas de inteligencia artificial. Programas que conquistan el trono de ganador de complejos juegos como el Go; que reproducen obras pictóricas o crean otras similares que confunden a los máximos críticos sobre su auténtica autoría; que concluyen composiciones musicales inacabadas por los grandes maestros o que redactan poemas inspirados.

Esa creatividad se puede incorporar también a la gestión pública y, en ese ámbito, puede ser insuficiente la difusión de la estructura del programa informático o la publicidad del proceso de decisión. Y es que su visión resulta ininteligible. No me refiero a la incomprensión por parte de los profanos que ignoramos los conceptos elementales de la programación. También procesos ingeniosos resultan complejos para los propios expertos, como han confesado. Son más inextricables que los mensajes del oráculo de Delfos.

En otras palabras, la pepita de la inteligencia artificial innovadora y creadora ha de ser asumida con cautela. No por la razón, ya poderosa, de que las personas no seamos capaces de entenderla sino porque la convivencia exige comprender las relaciones sociales y porque las decisiones públicas deben ser controladas por quien pueda analizarlas con sensatez y rigor.

Las propuestas sobre la regulación de la inteligencia artificial insisten en subrayar aspectos éticos. Institutos científicos especializados, como el Instituto del Futuro de la Vida del MIT o del Instituto del futuro de la Humanidad de Oxford recuerdan la variedad de riesgos que exigen una diversa proyección para garantizar la seguridad humana, tanto en el entorno digital, debido a la intoxicación, posible suplantación, riesgos de privacidad., como en el ámbito físico con las amenazas de los vehículos autónomos o los drones, así como la convivencia ante la manipulación de las relaciones y la comprensión política<sup>18</sup>.

Otros documentos e informes insisten en responsabilizarse de una previa autoevaluación que garantice unos aspectos mínimos e imprescindibles sobre

---

[algorithmic-transparency-data-standard](#). Sobre el régimen de transparencia son de obligada cita los libros de Emilio Guichot y tiene enorme interés la monografía recientemente publicada por R. Andreu, “*El acceso a la información pública en España ¿truco o trato?*”, Ed. Tirant lo Blanch, 2022.

18 Vid. el trabajo de L. Cotino Hueso, “Riesgos e impactos del big data, la inteligencia artificial y la robótica. Enfoques, modelos y principios de la respuesta del Derecho”, RGDA, núm. 50, 2019. Resalto también el resumen que hace del trabajo de Brundage Miles y otros. (2018) “The Malicious Use of Artificial Intelligence: Forecasting, Prevention, and Mitigation”, Future of Humanity Institute, Febrero de 2018. [http://img1.wsimg.com/blobby/go/3d82daa4-97fe-4096-9c6b-376b92c619de/downloads/1c6q2kc4v\\_50335.pdf](http://img1.wsimg.com/blobby/go/3d82daa4-97fe-4096-9c6b-376b92c619de/downloads/1c6q2kc4v_50335.pdf). Sobre el Instituto del MIT, vid The Future of Life Institute. “Benefits & Risks of Artificial Intelligence”-<https://futureoflife.org/background/benefits-risks-of-artificial-intelligence/>

las medidas de ciberseguridad, que el diseño garantice la privacidad, que los procesos puedan “abrirse” para su posterior auditoría y rendición de cuentas, que atiendan los datos garantizando la igualdad ante las mismas situaciones, sin sesgos ni discriminaciones injustificadas o irrazonables...y se difunden guías para orientar ese previo examen<sup>19</sup>.

Las instituciones europeas están tramitando una propuesta de reglamento sobre el entorno europeo de la inteligencia artificial. Una densa regulación que distingue grandes grupos de aplicaciones para establece los diferentes regímenes jurídicos aplicables. Por un lado, prohibir aquellos programas que puedan manipular a las personas, los que generen perfiles con datos personales o los de vigilancia masiva e indiscriminada; por otro, precisar aquellos que necesitarán una autorización específica y, por último, regular otros para evitar la difusión de bulos y engaños. Prevé un régimen de cumplimiento normativo, de códigos de conducta, así como exámenes, controles, auditorías y evaluaciones. Una propuesta que ha empezado a recorrer los pasillos de las instituciones europeas, por lo que hemos de esperar a su completa tramitación y publicación<sup>20</sup>.

No obstante, hay que saber que, tanto las deliberaciones que se están desarrollando en el Parlamento Europeo, como las propuestas de integración que está presentando la presidencia francesa en el Consejo de Ministros, están incidiendo de manera notable en la redacción inicial de la Comisión Europea. Tales debates difunden ecos sobre la modificación del ámbito de aplicación, la ampliación del régimen sancionador, la atemperación de las obligaciones para las pequeñas empresas, etc. Además, no faltan informes científicos que están señalando necesarias reformas ante las distorsiones que originaría esa regulación en la complejidad de los procesos de uso por sucesivas empresas o el régimen de asunción de riesgos<sup>21</sup>.

Por lo que afecta a España, se ha publicado un Libro Blanco y la Ley de presupuestos generales de 2022 ha incluido una dotación para una nueva agencia que supervisará las aplicaciones que cuenten con inteligencia artificial. Y, recientemente se han incorporado unas mínimas pautas para evitar sesgos, facilitar la transparencia y la rendición de cuentas (art. 23 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, de igualdad de trato y no discriminación).

---

19 En este sentido, puede verse el informe presentado por el Observatorio mundial de la inteligencia artificial urbana: <https://citiesfordigitalrights.org/global-observatory-urban-ai>

20 La propuesta de Reglamento sobre el enfoque europeo a la inteligencia artificial tiene la referencia COM (2021) 205, de 21 de abril. L. Cotino y otros han publicado “Un análisis crítico constructivo” en La Ley 2 de julio de 2021. También A. Huergo ha publicado un primer comentario en el blog Almacén de Derecho: “<https://almacendederecho.org/el-proyecto-de-reglamento-sobre-la-inteligencia-artificial>”. Un análisis comparado de distintas estrategias sobre esta materia puede verse en Cath, C., Wachter, S., Mittelstadt, B., Taddeo, M., & Floridi, L. (2018). Artificial Intelligence and the ‘Good Society’: the US, EU, and UK approach. *Science and Engineering Ethics*, 24(2), 505-528. doi:10.1007/s11948-017-9901-7.

21 C. Fernández Hernández ha dado buena noticia del Informe del Ada Lovelace Institute “Regulating AI in Europe, Four problems and our solutions”, *Diario La Ley*, núm. 61, de 6 de mayo de 2022.

Todo ello nos hace afilar la atención para considerar los grandes interrogantes jurídicos que se abren en los que tendremos que deliberar con matemáticos, informáticos y otros técnicos defendiendo las bases del Ordenamiento jurídico, entre otras las consecuencias de asumir responsabilidades. Técnicas jurídicas conocidas como las evaluaciones previas, la auditoría periódica o el control han de ser firmes baluartes, conociendo que, tales medios deberán ser, al menos, si no superiores, sí iguales en capacidad técnica y comprensión. ¿O dejaremos que otro artilugio ingenioso audite y controle la inteligencia artificial?

Por ello, mientras reflexionamos sobre estos aspectos más amplios y generales, me parece ilustrativo comentar la esgrima jurídica que ha originado la utilización de un programa específico.

#### **4. LA LUZ SE OSCURECE CON EL PROGRAMA “BOSCO”**

Un conflicto actual nos permitirá analizar el trenzado, los nudos y los flecos que genera en la gestión de lo público la aplicación de un programa informático para automatizar decisiones. Me refiero al que se utiliza para determinar qué consumidores tienen derecho al bono social que reduce el pago de la factura a las comercializadoras de energía. Se conoce por el acrónimo “Bosco” (una reducción de BOno-Social-COmercializadoras). Porque, a pesar de la existencia de un “mercado de energía” que ha de regirse por las reglas de la competencia, la energía constituye un servicio básico y esencial en nuestra sociedad, de ahí la necesidad de atender a todos aquellos consumidores que se encuentran en una situación “vulnerable”, así como en riesgo de “pobreza energética”<sup>22</sup>.

La legislación española introdujo esa bonificación en 2009 y las disposiciones reglamentarias que concretaron aspectos sustantivos y formales incorporaron la previsión del reconocimiento automático a determinados consumidores. Por ejemplo, aquellos que tuvieran una reducida potencia contratada, así como aquellos pensionistas que estuvieran recibiendo la cuantía mínima<sup>23</sup>. Tales criterios para su reconocimiento como, sobre todo, el sistema de distribución de asumir esta carga como obligación pública por parte de empresas eléctricas ha originado una enorme conflictividad. El Tribunal Supremo anuló determinadas previsiones lo que originó la aprobación de una nueva regulación, que también fue objeto de diversas impugnaciones que llegaron, incluso, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea con el fin de analizar el mecanismo de

---

22 La apelación a esta preocupación se remonta a las primeras directivas que regularon el mercado interior de la energía. La regulación hoy vigente se contiene en la Directiva 2019/44, de 5 de junio.

23 La primera regulación se estableció en el Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril, que ha sido objeto de sucesivas modificaciones. La disposición transitoria segunda precisó tal aplicación automática que se concretó mediante Resolución de la Secretaría de Estado de la energía de 26 de junio de 2009.

financiación establecido. Todo ello ha conducido a la anulación de algunos aspectos modificados por el Supremo y a nuevas reformas cuya aplicación parece que parece estar generando nuevas dificultades en los sistemas informáticos de supervisión de la Comisión Nacional de la Competencia y los Mercados...<sup>24</sup>

Hoy el régimen jurídico está enmarcado en el artículo 45 de la Ley del sector eléctrico, cuya redacción ha sido objeto de varias modificaciones, todas ellas mediante decretos-leyes. Este marco ha sido completado con varias disposiciones reglamentarias para delimitar la situación de “consumidor vulnerable”, objeto también de impugnaciones, y de acuerdos administrativos. Entre ellos, interesan ahora, los de la Secretaría de Estado de Energía que anunciaron la utilización de una aplicación informática para comprobar el cumplimiento de todos los requisitos necesarios de los solicitantes de tales bonos y agilizar con ello la tramitación de las miles de peticiones que se presentaran. Una aplicación informática que también serviría a las empresas energéticas para comprobar la situación de los peticionarios<sup>25</sup>.

Antes de su efectiva puesta en marcha, la Fundación Civio había tomado una iniciativa bien plausible. Tras publicarse en el Boletín oficial del Estado los nuevos requisitos exigidos para el reconocimiento de ese bono social, impulsó un canal de información para que los ciudadanos pudieran de manera gratuita y asequible comprobar si cumplían o no los requisitos para beneficiarse de ese bono social. Hay que ser conscientes de que, para muchas personas, y no sólo quienes están en una situación delicada o “vulnerable”, resulta complicado entender tantas minucias reglamentarias así como acopiar documentación que acrediten esos extremos<sup>26</sup>.

Y llegaron las sorpresas. Centenares de personas contaban con la esperanza de esa pequeña rebaja en su factura eléctrica, ya que el sistema ideado

24 En especial, las sentencias del Tribunal Supremo de 24 y 25 de octubre, 2 de noviembre, 20 y 21 de diciembre de 2016, anularon aspectos de la redacción originaria de esta regulación y, de ahí, las modificaciones mediante los Reales Decretos Leyes 7/2016, 15/2018 y 6/2022. Con posterioridad, vid. las sentencias del Supremo de 7 y 21 de febrero y 7 de marzo de 2022 que derivan del criterio establecido por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de octubre de 2021 (asunto C-683/19). Un detenido estudio de Iñigo del Guayo analiza tales pronunciamientos judiciales y la regulación en su artículo “Consumidores vulnerables en el sector eléctrico, lucha contra la pobreza energética y bono social”, RAP, núm. 203, págs. 343 y ss.

25 En concreto, el Real Decreto 897/2016, de 6 de octubre, que regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica (que ha sido modificado en varias ocasiones); así como la Orden ministerial 943/2017, de 6 de octubre. El Tribunal Supremo en sus sentencias de 28 de febrero, 1 y 2 de marzo de 2022 ha confirmado la validez de la delimitación de consumidor vulnerable ante la discrecionalidad que la Directiva europea reconoce a los Estados miembros. Interesan igualmente las Resoluciones de la Secretaría de Estado de la Energía tienen fecha de 15 de noviembre de 2017, 30 de noviembre de 2018 (para el País Vasco) y 28 de febrero de 2022 (para Navarra).

26 Sobre la Fundación Civio me remito a su página web ([www.civio.es](http://www.civio.es)). Su aplicación informática, diseñada con la colaboración de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se aloja en <https://civio.es/bono-social/>.



por la Fundación Civio mostraba que satisfacían los presupuestos legales y, sin embargo, vieron denegadas sus solicitudes. De ahí la duda -cuando no convicción- de que la aplicación que el Gobierno ponía a disposición de las empresas comercializadoras de energía tenía algunos fallos en su diseño.

La Fundación Civio solicitó a través del portal de transparencia del Ministerio de transición ecológica las especificaciones técnicas de ese programa así como su “código fuente”, esto es, el andamiaje que contiene las instrucciones que generan la ejecución automática de los distintos programas necesarios; también las pruebas que se realizaron para comprobar su eficacia, así como aquella otra información que pudiera resultar relevante para advertir su funcionamiento<sup>27</sup>. Ante el prolongado silencio, la Fundación se dirigió al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno que, al resolver, recordó a ese Ministerio los graves incumplimientos en que había incurrido y estimó parcialmente la petición requiriendo la entrega en el plazo de diez días las especificaciones técnicas, pruebas y otra información sobre el funcionamiento del programa. No así el código fuente solicitado<sup>28</sup>.

Tal estimación parcial condujo a la Fundación Civio a interponer un recurso contencioso-administrativo solicitando la entrega del código fuente ya que en el mismo podrían encontrarse las auténticas causas o errores para las denegaciones a tantos consumidores. Este recurso ha sido desestimado por el Juzgado Central mediante su sentencia de 30 de diciembre de 2021, cuya argumentación conviene conocer<sup>29</sup>.

Porque la lectura de esa resolución judicial deja algunos interrogantes o dudas a lo largo de su exposición. Sigamos su redacción que se inicia con la respuesta a la primera alegación del recurrente, a saber, la quiebra del principio de legalidad.

El Juez desestimó ese argumento, tras recordar todo el marco normativo que acoge el desarrollo de ese programa informático en el que se ampara, y declaró, además, que la denegación siempre estará adoptada por un órgano administrativo por lo que, “*en caso de que el destinatario de dicho acto esté disconforme con el mismo, podrá impugnarlo en vía administrativa, y en vía judicial.*”

Siendo esto cierto, a mi juicio, más que un problema de legalidad, se muestra la quiebra de otros principios jurídicos. Por un lado, la seguridad jurídica derivada de las desigualdades en los resultados que tal aplicación informática

---

27 Un estudio minucioso sobre los aspectos relacionados con la programación por las Administraciones públicas se puede ver en la tesis doctoral de M. Paz Gil Durán, “Seguridad en el desarrollo del software de las Administraciones públicas: un estudio jurídico” (Universidad de León, 2017).

28 La Resolución del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno tiene como referencia 791/2018, de de 18 de febrero de 2019.

29 Sentencia del Juzgado Central núm. 8 de 30 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:AN:2021:5863) y que está disponible en la página del Consejo de Transparencia: [https://www.consejodetransparencia.es/ct\\_Home/Actividad/recursos\\_jurisprudencia/Recursos\\_AGE/2019/128\\_particular\\_35.html](https://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/Actividad/recursos_jurisprudencia/Recursos_AGE/2019/128_particular_35.html)

arroja. Por otro, los que encauzan la actuación de la Administración para que sea eficaz y origine las menores cargas a los ciudadanos.

Sorprende que haya que recordar que, cuando una actuación “de trámite” dentro de un procedimiento administrativo puede ser el origen de numerosas ilegalidades, debe también corregirse y pueden contribuir a esa rectificación quienes están legitimados para ello, como es el caso de esta Fundación Civio. Resulta ocioso mencionar los principios jurídicos de “buena administración” o “economía procesal”, entre otros, que deberían inspirar la posible fiscalización del código fuente sin trasladar la carga de recurrir a quienes se les denegó ese bono social que no están, precisamente, en una situación para utilizar sus energías (aunque no sean eléctricas) en batallar con la Administración pública ante los juzgados.

El segundo argumento invocado hacía alusión a la necesaria transparencia de la información y se desestimó mediante varias consideraciones. Una, al amparo de una valoración del “coste-beneficio” que habían puesto de manifiesto algunos informes presentados durante el proceso. En resumen, a juicio de la Administración, no genera beneficios la difusión de un código fuente. Se señalaba que se había configurado esa aplicación Bosco para un uso muy específico y, por ello, no se considera que pueda ser reutilizado. De ahí que se mantuviera oculto su diseño.

Personalmente advierto algunos saltos acrobáticos es esta argumentación. El primero, que la referencia a “coste-beneficio” no es unívoca. No puede encerrarse en una perspectiva estrecha pensando sólo en su reutilización para descuentos en la factura eléctrica. No sólo porque los códigos fuente integran multitud de previsiones que pueden ser objeto de notables y variadas reutilizaciones, de posteriores desarrollos sino, sobre todo, y lo que es importante, en el “coste-beneficio” hay que incluir los efectos que se originan y, lo que llevó a la Fundación Civio a la Justicia fueron sus dudas sobre la adecuada configuración del programa cuando eran centenares los ciudadanos que cumplían los requisitos y se han visto perjudicados por su defectuosa aplicación. ¿No supone un grave coste, además de para los usuarios, también para la Administración, el hecho de atender reclamaciones, así como para los jueces la resolución de numerosos conflictos que, de funcionar bien el programa, sin errores, no se hubieran producido? Eso si que ahorra costes y genera beneficios.

Otra falta de cierta coherencia que advierto en el argumento de la Administración y acoge acríticamente la sentencia la resume en la siguiente frase: como no se puede reutilizar, se mantiene oculto. Esa no es una razón sensata entre otras consideraciones, porque sería perfectamente admisible la expresión inversa, esto es, como no se puede reutilizar, lo difundo. Lo que enlaza con la siguiente consideración para desestimar el recurso: se mantiene oculto por razones de seguridad, invocación que, como sabemos, excluye la obligación de difundir información como establece la Ley de transparencia (art. 14 de la Ley19/2013).

Nuevamente la sentencia se apoya en los informes presentados por la Administración. En ellos se señala que difundir el código fuente haría tal aplicación informática “sensible a vulnerabilidades”, que podrían originar brechas por las que se accediera a información personal de los solicitantes. Ignorando su diseño, me ha sorprendido tal motivación.

Es obligado que todas las aplicaciones informáticas, máxime cuando las diseña la Administración pública, traten de garantizar “por defecto” una protección máxima a los datos personales, relevante previsión que establece el artículo 25 del Reglamento general de protección de datos<sup>30</sup>. Es más, podemos intuir que, como es usual en las aplicaciones informáticas, el programa Bosco no guarda la información. Símplemente es el andamiaje de sucesivos pasos y cruces, comandos y variables que van orientando con el fin de desembocar en la confirmación o rechazo del cumplimiento de requisitos. Los datos de los usuarios estarán en bases de datos con su sistema específico de seguridad y protección.

En el informe que suscribe el Centro Criptológico Nacional, se insiste en que: *“la revelación del código fuente aumenta de una manera objetiva la severidad de las vulnerabilidades de cualquier aplicación informática. Si esta además maneja información clasificada o sensible de la Administración, el conocimiento del código fuente aumenta el riesgo de que la explotación de las vulnerabilidades pueda afectar a la seguridad nacional, la seguridad pública o la seguridad de los administrados”*. Afirmaciones que, a mi juicio, deben ser también puestas en su contexto y matizadas.

La revelación de los códigos fuente puede mostrar vulnerabilidades pero también hay que reconocer que facilitan una corrección más rápida de sus errores, reducen sus debilidades o mejoran otras posibilidades. Existiendo esas ventajas, habría que argumentar con más rigor la ocultación de tal código. Y ahí advertimos otro salto acrobático en la sentencia: se apoya en una frase condicional de ese informe para transformarla en una subordinada causal. En otras palabras, el Centro Criptológico Nacional señala que, en el caso de que ese código maneje “información clasificada o sensible de la Administración”, aumentaría el riesgo para “la seguridad nacional, la seguridad pública o la seguridad de los administrados”.

Sabemos que el programa Bosco ni maneja información clasificada, ni tampoco información sensible para la Administración. La información “clasificada” tiene que recibir esa declaración explícita por parte del Gobierno y no puede calificarse de información sensible “para la Administración” los datos de los usuarios. Algunos de los datos que han de facilitar los usuarios serán, lógicamente, “personales” y han de protegerse. Pero no son datos “sensibles” en el sentido establecido por el Reglamento europeo y la Ley orgánica de protección de datos española. Es más, son datos a los que acceden las empresas comer-

---

<sup>30</sup> La Agencia Española de Protección de Datos ofrece muchas pautas y guías para garantizar la protección por defecto. Entre otras, <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-10/guia-proteccion-datos-por-defecto.pdf>.

cializadoras de energía. Por ello, no dándose la condición, no puede invocarse por el juez la “seguridad” como causa para denegar el acceso al código fuente.

Me parece una exageración apelar a la seguridad nacional o a la seguridad pública como hace el juez: “...*el facilitar el código fuente de la referida aplicación informática no obedece a un fin de seguridad pública, sino todo lo contrario, la seguridad pública resulta afectada de facilitarse dicho código*”. ¿Qué aspecto de la seguridad pública queda afectado? Hay que precisar mejor los riesgos de difundir tal código fuente para la seguridad pública.

Es cierto que el ámbito energético es un sector estratégico y, por ello, cuenta con previsiones específicas para cuidar sus infraestructuras críticas. Un ataque a las mismas puede originar gravísimos daños y una notable inseguridad. Pero nada tienen que ver tales previsiones y medidas con el código fuente para determinar los beneficiarios del bono social. A mi entender, afecta más a la seguridad, en su ingrediente básico de la imprescindible confianza con el poder público, que un procedimiento administrativo genere fallos y errores, discrimine de manera injustificada a usuarios que se encuentren en la misma situación o, incluso, desatienda las peticiones de ciudadanos en situación de pobreza energética. De ahí que no comparta esta argumentación judicial. Pero sigamos.

Otro argumento utilizado por el recurrente se refirió a que no podía invocarse la protección intelectual del programa. Sin embargo, el juez no consideró la previsión legal alegada al no ser ese código fuente ni una norma ni acto administrativo.

Dejo a un lado, en este momento, la polémica sobre la naturaleza jurídica del código fuente, ya que a mi juicio ello depende en cada caso concreto de la específica configuración y, sobre todo, de su utilización y efectos. La versatilidad de la programación informática ofrece ejemplos de códigos simples y sencillos, a otros extraordinariamente complicados que facilitan operaciones muy complejas. Por tanto, su naturaleza jurídica depende de otras circunstancias.

En este caso, el programa Bosco tiene más semejanza con un formulario administrativo que, a diferencia de los tradicionales en papel que han quedado trasnochados en esos tiempos de comunicación electrónica, va desplegando distintas opciones según las respuestas o datos que se incorporen. A mi entender, algo alejado de una creación a proteger.

Concluye la sentencia afirmando que, además: “*no existe ninguna norma que imponga a la Administración el desarrollo de aplicaciones con fuentes abiertas ni la adquisición de software libre*”. Cierto, pero que no se haya reconocido esa preferencia por el uso de fuentes abiertas o la adquisición de programas libres, no ha de conducir que las fuentes y los programas han de ser cerrados y ocultos. El Derecho, las previsiones legales no han de quedar reducidas a alternativas binarias: libre o cerrado; visible u oculto... Hay grados o escalas de información y transparencia. Incluso, en aquellas materias “arcanas”, secretos oficiales, existe un sistema de control por comisiones especiales o magistrados específicos con el fin de impedir que alguna decisión sea arbitraria o injusta y que pueda sembrarse la inmunidad del poder.

El programa Bosco carece de la relevancia de un arcano, máxime cuando tiene tantos efectos. Superan los dos millones de personas las beneficiadas<sup>31</sup>. De ahí la necesidad de supervisiones y controles, tanto internos como externos, que acrediten la corrección del diseño de la aplicación. Que la denominación de la aplicación informática nos haya remitido a las pinturas singulares, con elementos extraños y, a veces, descabellados del gran pintor flamenco, no puede permitir que el Gobierno diseñe un mecanismo con resultados también extraños y descabellados.

---

31 Datos que facilita la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.