

Dossier «El derecho para una inteligencia centrada en el ser humano y al servicio de las Instituciones»

ARTÍCULO

IA, algoritmos y Administración pública en Italia

Enrico Carloni
Universidad de Perugia

Fecha de presentación: diciembre de 2019
Fecha de aceptación: enero de 2020
Fecha de publicación: marzo de 2020

Resumen

El problema de la legitimidad de las decisiones administrativas adoptadas a través de algoritmos ha sido objeto de una atención considerable por parte de la doctrina jurídica y la jurisprudencia administrativa en Italia. Si bien la legislación no ofrece respuestas adecuadas a los nuevos desafíos, el juez administrativo está definiendo las condiciones de admisibilidad de las decisiones algorítmicas, aplicando los principios del procedimiento administrativo a los nuevos problemas. Después de una primera fase en la que la jurisprudencia parecía llevar a excluir la admisibilidad de las decisiones automatizadas, la jurisprudencia más reciente parece estar orientada a admitir este tipo de decisiones, aunque requiere garantías adecuadas, sobre todo de transparencia. Con una última sentencia, dictada en diciembre de 2019, el Consejo de Estado define estas condiciones de una manera más general, comenzando así a delinear un primer “decálogo” de legalidad algorítmica que se inspira significativamente en los principios sobre el tratamiento automatizado de datos personales contenidos en el Reglamento europeo sobre protección de datos personales.

Palabras clave

inteligencia artificial, algoritmo, discrecionalidad, transparencia

AI, algorithms and public administration in Italy

Abstract

The problem of the legitimacy of administrative decisions adopted through algorithms has been the object of considerable attention from legal doctrine and administrative jurisprudence in Italy. Indeed, while legislation does not offer suitable solutions to the new challenges, the administrative judge is defining the conditions of admissibility in algorithmic decisions, applying the principles of administrative procedure to the new problems. Following an initial phase in which jurisprudence seemed to come to exclude the admissibility of automated decisions, more recent jurisprudence seems to be directed towards admitting these kinds of decisions, although it requires appropriate guarantees, above all in transparency. With its latest judgement, enacted in December 2019, the Council of State defines these conditions in a more general way, as such beginning to delineate some initial 'commandments' of algorithmic legislation which are significantly inspired by the principles relating to the automated processing of personal data contained in the European regulations on the protection of personal data.

Keywords

artificial intelligence, algorithm, discretion, transparency.

1. Introducción

El problema de la relación entre la inteligencia artificial (IA) y las administraciones públicas exige ser encuadrado y circunscrito, en la cuestión, ya de por sí compleja, de las decisiones administrativas adoptadas mediante algoritmos.

Es una cuestión difícil de definir, ya que los procedimientos automatizados pueden sustituir la actividad y el procedimiento administrativos en su totalidad, o realizar una función instrumental (aunque no marginal) en lo relativo a un proceso que incluye, en cualquier caso, la intervención humana, y, sobre todo, puesto que los procedimientos automatizados mediante algoritmos pueden ser básicamente, en su complejidad, una expresión y aplicación de «instrucciones» de por sí conocibles y repetibles, pero también pueden ser fruto de procedimientos de autoa-

prendizaje –en cierto modo «creativos» y, por lo tanto, no plenamente predecibles– de las máquinas.

En la intersección entre estas variables se plantea la posibilidad de un procedimiento totalmente confiado a «robots inteligentes», a «funcionarios digitales». Se trata de una intersección que ya no es solo teórica, sino que genera la posibilidad, que debe afrontarse, de la compatibilidad con los principios del derecho administrativo de un proceso en el que la decisión ya no es fruto de la intervención humana, sino de la creación de un algoritmo de toma de decisiones.

Ante los algoritmos que no funcionan por deducción, sino que efectúan predicciones probabilísticas y, por lo tanto, «generan predicciones mediante [un] sistema de aprendizaje propio» (Martín Delgado, 2019), se plantea en nuevos términos el problema de la compatibilidad con los principios (tradicionales) del derecho administrativo.

Esta cuestión, también desde el punto de vista específico del derecho administrativo italiano, plantea una serie de problemas difíciles de resolver, y, al enmarcarse en un escenario en el que todavía se está trabajando para desarrollar estándares elevados de digitalización generalizada, constituye en la actualidad un límite en el centro del debate científico y, recientemente, jurisprudencial.

Evitando adentrarse en un plano teórico en el que, por otra parte, la doctrina italiana se ha enfrentado con reflexiones importantes, desde las más pioneras de Masucci (1993) hasta las más recientes, que ahora proponen con particular intensidad las principales revistas de derecho administrativo y derecho público, esta cuestión puede abordarse circunscribiendo el problema a una perspectiva de derecho positivo y de casuística jurisprudencial: así, pues, el objetivo de esta contribución es básicamente reflexionar sobre la literatura relativa a la digitalización pública y al tratamiento de datos y sobre los principios de la actividad administrativa, para evaluar, a la luz de los resultados positivos y las orientaciones jurisprudenciales, la posibilidad, sostenibilidad y compatibilidad de los procesos de toma de decisiones confiados a algoritmos.

Este asunto puede abordarse prestando una atención especial a la jurisprudencia más reciente, que entre incertidumbres y oscilaciones comienza a afrontar de manera sólida la cuestión de los procedimientos de toma de decisiones automatizada y de las elecciones de medidas mediante algoritmos.

2. La Administración digital y su legislación

Desde el punto de vista de la normativa para favorecer la digitalización pública, que radica en la Ley de procedimiento administrativo y se desarrolla sobre todo en el Código de la Administración digital (Decreto legislativo número 82, de 2005, y sus modificaciones), la tendencia hacia el gobierno electrónico es evidente: todo ello, sin embargo, en el marco de una visión que podría considerarse «tradicional», que cree que las tecnologías de la información y la comunicación «al servicio» de procesos de toma de decisiones que siguen siendo responsabilidad de funcionarios «humanos».

La digitalización se centra en la vertiente organizativa, como una «reingeniería» de procesos y procedimientos: la digitalización se limita «o bien en la mera “forma” del acto o bien en la dimensión de organización» (Civitarese, 2019).

Puesto que se centra en la perspectiva de la prestación digital de los servicios, y por tanto del gobierno electrónico como desarrollo de la relación entre ciudadanos y «servicios burocráticos» (Carlioni, 2014; Piras, 2006; Merloni, 2005), el Código de la Administración digital no permite resolver el problema de la legitimidad (y de las condiciones) de la decisión algorítmica. Puestos en el nivel del resto de prestaciones que ofrecen las administraciones públicas, los procedimientos administrativos (que el código interpreta como «servicios» que deben digitalizarse, aunque sea con contenido básicamente burocrático (Sorace, 2015)) siempre son prestados y proporcionados al ciudadano mediante las tecnologías de la información y la comunicación: esto favorece la tendencia hacia soluciones de digitalización total de los procedimientos, pero no está previsto expresamente, o autorizado, por el Código de la Administración digital.

La digitalización se favorece y se promueve según modelos que siguen la tendencia de lo que se conoce como *digital first* (organización y prestación «ante todo digital» de los servicios burocráticos (Carlioni, 2015) y en el marco de un impulso de la reingeniería de las modalidades de acción y organización: «las administraciones públicas, para organizar de forma autónoma su actividad, utilizan las tecnologías de la información y la comunicación con fines de eficiencia, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, simplificación y participación de conformidad con los principios de igualdad y no discriminación» (artículo 12 del Decreto legislativo número 82/2005). Igualmente importante en este aspecto es el artículo 15 del mismo Código de la Administración digital, que prevé una «reorganización estructural y de gestión» de las administraciones para lograr los mismos objetivos. Todo ello, en un marco que hace un llamamiento –también a la luz de las innovaciones más recientes en la legislación de digitalización pública– a las administraciones públicas para que «racionalicen y simplifiquen los procedimientos administrativos, las actividades de gestión, los documentos, los impresos, las modalidades de acceso y de presentación de instancias por parte de los ciudadanos y las empresas» (Civitarese, 2019; Masucci, 2019).

Yendo un poco más lejos, es voluntad del legislador plantear una regulación idónea para «redefinir y simplificar los procedimientos administrativos mediante una legislación basada en su digitalización y para la plena realización del principio del *digital first* (según la ley de delegación que incluye la última reforma del Código de la Administración digital: artículo 1.1, letra b), de la Ley 124/2015) (Carloni, 2016).

La cuestión es si dentro de este enfoque se puede incluir realmente una tendencia hacia módulos de acción innovadores en los que entren decisiones complejas automatizadas y la utilización de inteligencias artificiales para las decisiones públicas, o si más banalmente la idea del legislador no seguirá siendo aquella, más tradicional, de procedimientos que sigan lógicas «en papel», en forma de actos predefinidos, difundidos y conservados en modalidad digital. La cuestión «es si en esta dimensión que gira en torno a la configuración de una burocracia digital a medida del usuario [...] se incluyen también las decisiones automatizadas, que no se mencionan en el Código de la Administración digital» (Civitaresse Matteucci, 2019).

En un sistema a menudo criticado por su tendencia a una «digitalización de pura apariencia», realizada mediante soluciones jurídicas y tecnológicas que se limitan a transferir a un ordenador, y a la red, modelos de acción y soluciones organizativas que están estrechamente vinculadas a una dimensión en papel (Francesco Caio, uno de los protagonistas italianos de la digitalización pública, hablaba hace unos años de «una digitalización de pura apariencia que simplemente ha trasladado hojas de papel [...] a un ordenador» (Caio, 2014)), no sorprende la falta de atención del Código de la Administración digital al «nudo» de las decisiones automatizadas.

Por otra parte, bien mirado, la implantación de la ley italiana sobre digitalización pública está íntimamente vinculada a una perspectiva de gobierno electrónico, concebido y creado a escala europea y nacional hace ya veinte años, como un conjunto de soluciones destinadas a la prestación digital de servicios (también burocráticos).

3. Legitimidad y límites de la decisión algorítmica

En ausencia de una legislación *ad hoc*, y en cualquier caso para reflexionar sobre los límites y las condiciones que podrían acompañar en cada caso a una normativa así, debe buscarse en otras partes para razonar sobre la posibilidad y legitimidad de una decisión algorítmica, entendida como una decisión no elemental asumida basándose en un proceso argumentativo y evaluativo realizado por máquinas.

Aquí, por «realizado» se refiere el hecho de que la decisión sea efectivamente adoptada en ausencia de una intervención humana en la fase de toma de decisiones, pero también al hecho de que la operación automatizada efectuada tenga un papel decisivo en la tramitación del procedimiento, y la corrección del «razonamiento» seguido por parte del funcionario instructor no sea susceptible de revisión. En el primer caso, el procedimiento y la decisión se realizan en ausencia (sustancial) del funcionario «humano»; en el segundo, el funcionario interviene, pero se halla en una posición de asimetría con respecto al ordenador y está, de hecho, «al servicio» de un procedimiento que madura y se lleva a cabo en un entorno sobre el que él no tiene control.

Ambas cuestiones son importantes, y es preciso destacar algunas referencias para reflexionar sobre su legitimidad, que se hallan principalmente en los principios del derecho administrativo, en la Ley de procedimiento administrativo. Por ello, como veremos, no faltan algunas normas que pueden hallar aplicación también en lo relativo a los procedimientos administrativos mediante algoritmos y antes que nada en la jurisprudencia que debe ser observada para enfrentarse a esta frontera del derecho administrativo.

Esto, con la advertencia de que, por un lado la jurisprudencia, y a su actividad de interpretación de los principios del derecho administrativo, es seguramente fundamental para enmarcar las coordinadas legales de la materia. Pero, por otro, en Italia la casuística jurisprudencial está aún en un proceso de maduración y consolidación evidente, limitándose a día de hoy a pocos casos, a veces es oscilante (si no antitética), y tal vez muestra una cierta dificultad para «dominar» la materia.

3.1. El procedimiento y la insustituibilidad del funcionario «humano»

La legislación sobre procedimiento administrativo, prevista en la Ley número 241 de 1990, en la que se establecen normas sobre instrucción y decisión pública, no prevé la hipótesis de un procedimiento automatizado. El artículo 3 bis (fruto de una modificación del 2005) hace referencia expresa al uso de la telemática por parte de las administraciones en las relaciones internas entre ellas y con los particulares, a fin de «lograr una mayor eficiencia en su actividad».

También la Ley de procedimiento prevé recurrir a soluciones de digitalización, pero esta norma no consigue traducirse en términos de una digitalización completa de los procedimientos (y, por lo tanto, no permite releer la Ley 241 como idónea para regular tanto en modalidades de acción «tradicionales» como en modalidades totalmente «digitales»), puesto que el artículo 3 bis no se recoge, ni se halla traza alguna de su influencia, en el texto de los distintos artículos y disposiciones de la Ley de procedimiento. Como confirmación de lo observado en cuanto al Código de la Administración digital, parece claro que el legislador italiano, aunque promueve la digitalización de servicios y procedimientos, concibe estas innovaciones como instrumentales y complementarias respecto a las actividades y servicios cuyo contenido y forma no se discuten.

De esto deriva el principio de «instrumentalidad del recurso a la informática en los procedimientos administrativos» (Tribunal Administrativo Regional Lacio, sección III bis, sentencia de 10 de septiembre de 2018, número 9227), que está reconocido en una de las primeras decisiones judiciales sobre esta materia donde se afirma la imposibilidad de prescindir de una intervención del funcionario en el procedimiento.

Por otra parte, en efecto, es clara la presencia de un funcionario «humano» y de relaciones «entre personas» en el trasfondo de la ley italiana de procedimiento. La figura del «responsable del procedimiento», que en el marco de la reforma de los años noventa del siglo pasado tenía explícitamente la finalidad de «humanizar» a la Administración, y evitar dinámicas de «despersonalización burocrática», no consigue, ya sea por motivos textuales o por razones de fondo, trasladarse a una dimensión de automatización total.

De aquí que pueda hacerse una lectura, tal vez demasiado categórica en sus afirmaciones, que pretende la utilización de las soluciones digitales en el procedimiento administrativo en una posición de servidumbre e instrumental respecto a la actividad del responsable-persona física: «los procedimientos informáticos, aun cuando lleguen a su mayor grado de precisión y perfección, jamás podrán reemplazar, sustituyéndola enteramente, la actividad cognitiva, adquisitiva y de juicio que solo una instrucción confiada a un funcionario persona física puede desarrollar» (Sección III bis del Tribunal Administrativo Regional de Lacio, Sentencia número 10964/2019).

En el marco de una jurisprudencia todavía en vías de consolidación –que, como veremos es a veces discordante entre el Tribunal Administrativo Regional y el Consejo de Estado–, se destaca la postura del juez de primera instancia que tuvo que dirimir un caso de transferencia y asignación de plazas a docentes de escuelas públicas adoptadas basándose en los resultados de la aplicación de un algoritmo.

Este enfoque jurisprudencial, al que la doctrina ha dedicado inmediatamente una atención especial, se sitúa en una lectura del fenómeno que parte del principio de la «instrumentalidad del recurso a la informática en los procedimientos administrativos» y, por tanto, de la impugnación de una actividad procedimental aplicada en ausencia de una actividad de instrucción y procedimiento adecuada, que se ha quitado al funcionario y se ha remitido a un algoritmo (Galetta, Corvalan, 2019), para concluir la inadmisibilidad de la «cesión de las riendas de la función instructora y de renuncia a la procedimental, la defensa que constituye el baluarte de los valores constitucionales grabados en los artículos 3, 24 y 97 de la Constitución» (Tribunal Administrativo Regional de Lacio, sentencia 10964).

La jurisdicción, en este caso, fue muy clara al excluir la posibilidad de una actividad administrativa totalmente automatizada, y ha ratificado la ilegitimidad de deferir «a un algoritmo impersonal el desarrollo de todo el procedimiento» y, por tanto, «sustituyendo la actividad humana con la impersonal». Incluso llega a afirmar, de nuevo con una particular seguridad, que no existe ninguna «complejidad o amplitud» de un procedimiento administrativo que pueda «legitimar su traspaso a un mecanismo informático y matemático totalmente impersonal y huérfano de capacidad de valoración de las circunstancias concretas de cada caso, típica de la instrucción procedimental tradicional y

garantista que debe caracterizar a la actividad administrativa, especialmente cuando deriva en procedimientos estrictos de posiciones jurídicas subjetivas de privados».

Recurrir de forma imprescindible a un funcionario humano, al que se confía la instrucción y la responsabilidad del procedimiento, es una cuestión que requiere mayor profundización, desde el momento en que esta toma de posición de la jurisprudencia se aprovecha tomando como referencia el caso mencionado (una valoración compleja, la automatización completa de los procedimientos, desde la presentación de las solicitudes de participación hasta el resultado).

Como indica la doctrina, y teniendo también en cuenta la jurisprudencia de signo diverso precedente de la misma sección del Tribunal Administrativo Regional de Lacio, «se trata de un cambio radical de perspectiva que impacta por su absolutidad» (Civitarese Matteucci, 2019).

Otro parámetro de referencia que establece la necesaria «humanidad» de la Administración en el procedimiento es el artículo 22 del Reglamento general de protección de datos, una referencia que la doctrina considera primordial (Civitarese Matteucci, 2019; Moretti, 2018; Bonfanti, 2018) que, sin embargo, no fue tomada como referencia por la jurisprudencia administrativa. La jurisprudencia más reciente del Consejo de Estado (en particular, la importante sentencia núm.8472 de 2019) comienza a tratar de manera significativa estas previsiones, que se toman como referencia para la construcción de condiciones de legitimidad de las decisiones algorítmicas..

La legislación europea en materia de protección de datos personales establece una de las pocas normas directamente destinadas a regular los procesos automatizados de toma de decisiones y, desde una perspectiva diversa y sin poner una atención especial en la actividad administrativa, fija reglas que también son de aplicación para las administraciones. Así, al prohibir (por norma) los tratamientos exclusivamente automatizados que produzcan efectos jurídicos para los interesados (incluida la elaboración de perfiles), el artículo 22 del Reglamento general de protección de datos distingue entre «decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado» y decisiones «parcialmente automatizadas». La elección del legislador europeo es prohibir, por norma (excepto en algunos casos legitimados, por consentimiento o por ley), las primeras, mientras que permite las segundas (Sassi, 2019).

3.2. Decisión algorítmica y discrecionalidad

A tenor del fallo citado del Tribunal Administrativo Regional de Lacio núm. 10964, parece que la cuestión tiene una posición muy clara en la jurisprudencia, en el sentido de negar la posibilidad de recurrir a una decisión automatizada: «un algoritmo, a pesar de estar programado para tener en cuenta situaciones personales, títulos y puntos, jamás puede garantizar la salvaguarda de las garantías procedimentales dispuestas en los artículos 2, 6, 7, 8, 9 y 10 de la Ley número 241, de 7 de agosto de 1990».

Sin embargo, conviene poner de manifiesto que la línea jurisprudencial adoptada por el Tribunal Administrativo Regional de Lacio no parece, de momento, poder ofrecer certidumbre, a la vista de que su contenido contrasta con la sentencia de la Sección VI del Consejo de Estado en otra cuestión (pero con argumentos jurídicos claramente distintos), con la Sentencia de 8 de abril de 2019 número 2270 y más recientemente y de manera aún más clara la sentencia número 8472 del mismo año). En relación con esta afirmación de condiciones y aclaraciones (y mostrando, bien mirado, no comprender totalmente los procesos decisionales de los algoritmos complejos), la opinión del Consejo de Estado es clara al admitir, e incluso apreciar, el recurso a decisiones automatizadas «no discrecionales»: «la ausencia de intervención humana en una actividad de mera clasificación automática de numerosas instancias según reglas preestablecidas (que son, estas sí, elaboradas por el hombre), y la confianza de dicha actividad a un ordenador eficaz se presentan como variaciones necesarias del artículo 97 de la Constitución coherentes con la evolución tecnológica actual» (Consejo de Estado, sentencia número 2270).

La utilización de algoritmos en el ámbito de la actividad administrativa, desde este punto de vista, se reconduce totalmente al marco de la legitimidad, y toma como referencia la legislación constitucional y la Ley de procedimiento, con resultados opuestos a lo considerado por el Tribunal Administrativo de Lacio en la decisión anteriormente mencionada: estas soluciones de automatización entran dentro de los cánones de eficiencia y economía de la acción administrativa (artículo 1 de la Ley número 241/1990) y son conformes al principio de buena administración y coherentes con el impulso a la digitalización como factor de mejora de la acción pública. De esto se desprende que «en general, no puede discutirse que un nivel más alto de

digitalización de la Administración pública es fundamental para mejorar la calidad de los servicios prestados a los ciudadanos y a los usuarios».

Por otra parte, hace tiempo que la jurisprudencia había admitido la posibilidad de recurrir a soluciones «mecánicas» de decisión en caso de procedimientos repetitivos sin margen de discrecionalidad, y de hecho a veces era favorable a recurrir a soluciones «automatizadas». Así, en cuanto a los procedimientos administrativos de carácter «masivo» o serial, la consideración de recurrir a una decisión automatizada, para contribuir a agilizar los procedimientos y garantizar su exactitud y la previsibilidad de los resultados, hace tiempo que fue aceptada (Vaccari, 2019). Además, entre otras, puede considerarse la postura del Consejo de Estado, que hace veinte años (Sección VI del Consejo de Estado, 7 de febrero de 1995, número 152) señalaba la oportunidad de recurrir a «procedimientos informatizados» en el desarrollo de la actividad administrativa «por la mayor objetividad e imparcialidad que la máquina puede garantizar, especialmente en la realización de operaciones repetitivas, sin estar sujeta a la caída de la curva de atención del hombre después de cierto tiempo realizando la misma tarea».

Si se tienen en cuenta esta orientación jurisprudencial, la legitimidad de recurrir a soluciones automatizadas no está excluida *tout court*, pero debe valorarse positivamente cuando nos encontramos frente a «procedimientos en serie o estandarizados, que conllevan la realización de una cantidad ingente de instancias y se caracterizan por la recogida de datos veraces y comprobables objetivamente y por la ausencia de valoración discrecional». En estos casos, «la utilización de un procedimiento informático que conduzca directamente a la decisión final no debe estigmatizarse, sino, en principio, ser incentivada». Recorriendo de nuevo a los términos de la jurisdicción administrativa de segunda instancia «esta conlleva numerosas ventajas, entre ellas, por ejemplo, la notable reducción de los plazos procedimentales para operaciones meramente repetitivas y sin discrecionalidad, la exclusión de interferencias por negligencia (o dolo) del funcionario (humano) y, por consiguiente, la mayor garantía de imparcialidad de la decisión automatizada» (Sentencia número 2270, de 2019, anteriormente mencionada).

La condición para la admisibilidad de las decisiones adoptadas a través de algoritmos parece depender, según esta jurisprudencia, de la naturaleza reglada (no discrecional) de la decisión: sin embargo, más recientemente el propio Consejo de Estado parece desviarse de esta primera orientación, llegando a admitir decisiones algorítmicas sobre la base de una serie de requisitos de legalidad y transparencia que son independientes de la naturaleza reglada o discrecional de la decisión administrativa.

4. Los tres principios de la legalidad del algoritmo

Todo esto no excluye, sin embargo, la exigencia de asegurar unas condiciones de garantía para los ciudadanos que se relacionan con la Administración de forma «digital». En particular, se aseguran, incluso ante una acción automatizada, la participación del ciudadano y la transparencia administrativa. Sin embargo, el juez administrativo trata de elevar el listón de la legalidad del algoritmo definiendo una serie de condiciones en las cuales la decisión robótica es admisible.

Condiciones de transparencia, no exclusividad y no discriminación, que constituyen los principios cardinales sobre los que basar, según la decisión del Consejo de Estado, la nueva legalidad del algoritmo.

En primer lugar, respecto a la transparencia (sobre la que nos centraremos en la próxima sección) en la que se concentra la garantía sustancial del ciudadano, el juez trata de regular la transición de las administraciones públicas hacia el uso de las tecnologías de la información en su forma más avanzada de robotización en la toma de las propias decisiones públicas. En segundo lugar, aunque tal vez de manera más difusa, reaparece una actitud prudente y cerrada hacia procedimientos totalmente despersonalizados. Sin embargo, la intervención humana, necesaria, no está necesariamente vinculada al momento de la decisión ya que también puede darse (únicamente) en una fase posterior de validación y control («en cualquier caso debe haber una contribución humana en el proceso de toma de decisiones capaz de controlar, validar o refutar la decisión automática»). Este principio de 'no exclusividad de la decisión algorítmica' se deriva en particular del artículo 22 RPGD: según afirma el Consejo

de Estado, recordando el modelo informático llamado 'human in the loop', la aplicación de este principio "para producir su resultado, la maquina debe interactuar con el ser humano" (Consejo de Estado, sentencia número 8472 de 2019).

El tercer principio se deriva nuevamente de la legislación europea de protección de datos personales y, en particular, del considerando 71 RGPD, que se identifica con el surgimiento de "otro principio fundamental", de "no discriminación algorítmica". Sobre la base de este principio, la legitimidad de la acción pública no está garantizada por la mera presencia de un algoritmo conocible y comprensible, sujeto a control y validación por parte de un funcionario, sino también por "no ser discriminatorio" (véase Resta, 2019).

El considerando 71 establece, en particular, que frente al tratamiento automatizado se deben aplicar "medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar, en particular, que se corrigen los factores que introducen inexactitudes en los datos personales y se reduce al máximo el riesgo de error, asegurar los datos personales de forma que se tengan en cuenta los posibles riesgos para los intereses y derechos del interesado y se impidan, entre otras cosas, efectos discriminatorios en las personas físicas por motivos de raza u origen étnico, opiniones políticas, religión o creencias, afiliación sindical, condición genética o estado de salud u orientación sexual, o que den lugar a medidas que produzcan tal efecto". A la vista de lo anterior, se puede derivar no solo el principio de no discriminación, sino también un principio adicional de 'exactitud/calidad' de los datos subyacentes a la decisión que, sin embargo, no destaca de manera autónoma en la sentencia del Consejo de Estado, que también se ocupa del problema, que subyace en el considerando 71, de la necesidad de "corregir los datos de 'entrada' para evitar efectos discriminatorios en la decisión resultante" (Consejo de Estado, sentencia número 8472): una operación que en cualquier caso puede encontrar una correspondencia interesante en los principios de privacidad por defecto que guía la construcción y gestión de las bases de datos públicas.

1. Nota del traductor: 'hombre en bucle', modelo que requiere la intervención humana.

4.1. La transparencia del algoritmo

En este sentido, tomando como referencia la regulación de origen europeo contenida en el RGPD y la exigencia de transparencia, el juez italiano reconoce su valor como principio general en los procedimientos administrativos robóticos, como "aplicación específica del artículo 42 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales (...) donde se prevé que cuando la Administración pública tiene la intención de adoptar una decisión que pueda tener efectos adversos en una persona, tiene la obligación de escucharla antes de actuar, de permitirle acceder a sus archivos y documentos y, finalmente, tiene la obligación de 'motivar su decisión' (Consejo de Estado, sentencia número 8472 de 2019).

Al tratar con este modelo, el juez administrativo es el último (Consejo de Estado, sentencia número 8472 de 2019) en destacar el alcance innovador de la regulación europea sobre la protección de datos personales, en particular, cuando prevé en los procedimientos completamente automatizados, una 'transparencia' del algoritmo utilizado, al prever que el titular debe proporcionar "información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado" (artículo 14.2.g RGPD). Siguiendo la dirección apuntada por el propio juez administrativo, el artículo 15 RPDG también es interesante ya que refuerza la transparencia de manera significativa (como un derecho accionable y no sólo como un deber del responsable del tratamiento como en el caso anterior), cuando regula el derecho a conocer y recibir información relativa a la existencia de cualquier tratamiento automatizado de toma de decisiones.

Esto se traduce en nuevos instrumentos frente a una decisión algorítmica, y se concreta ante todo en el derecho de acceso al algoritmo entendido sobre todo como un derecho a 'descifrar la lógica' (Consejo de Estado, sentencia número 8472 de 2019).

La jurisprudencia ha realizado, en un corto lapso de tiempo, una lectura más 'madura' del principio de transparencia algorítmica.

Un principio vinculado en un primer momento al derecho de acceso al algoritmo como “un acto administrativo procesado electrónicamente” (y como tal susceptible de encontrarse en el ámbito de aplicación del artículo 22 de la Ley 241 de 1990).

De esta «asimilación» el juez hace derivar el deber, para las administraciones, de proporcionar no solamente todas las instrucciones relativas al funcionamiento del algoritmo, asegurando la comprensibilidad del funcionamiento del software incluso para el ciudadano común, sino también el lenguaje informático resultante (conocido como *código fuente*) del sistema algorítmico (Sassi, 2019), es decir, «la tramitación lógica sobre cuya base el propio acto [ha sido] emitido mediante procedimientos automatizados en cuanto al contenido dispositivo correspondiente» (Consejo de Estado, sentencia número 2270 de 2019).

Más allá de este enfoque que sostiene el conocimiento del código fuente, en cualquier caso es evidente, según la jurisprudencia hasta ahora dictada sobre estas cuestiones, que la regla algorítmica utilizada en el ámbito de las decisiones administrativas debe adecuarse siempre a los principios generales de la actividad administrativa, como los de publicidad y transparencia, racionalidad y proporcionalidad (Sassi, 2019; Orsoni, D'Orlando, 2019).

Es particularmente interesante el desarrollo posterior, relativo al derecho a conocer el algoritmo, que refleja “una interpretación mejorada del principio de transparencia”, entendida como transparencia y trazabilidad algorítmica (Galetta, Corvalan, 2018; Patroni Griffi, 2018): un principio según el cual debe siempre asegurarse al ciudadano la comprensión de la regla que guía la decisión, incluso cuando esta se expresa «en un lenguaje distinto al jurídico» y debe asegurarse su trazabilidad. En este sentido, siguiendo las indicaciones de la jurisdicción administrativa, el «conocimiento del algoritmo debe garantizarse en todos los aspectos: desde sus autores hasta el procedimiento utilizado para su elaboración, el mecanismo de decisión, incluidas las prioridades asignadas en el procedimiento de valoración y decisión de los datos seleccionados como relevantes» (Consejo de Estado, sentencia número 2270 de 2019). Una conclusión confirmada por la reciente sentencia de diciembre de 2019 de la misma sección del Consejo de Estado (sentencia número 8472, de 13 de diciembre de 2019) que nuevamente afirma la necesidad de acompañar los procedimientos robóticos con “un reconocimiento

reforzado del principio de transparencia que también implica el conocimiento completo de una regla expresada en un lenguaje diferente del jurídico”.

Todo ello, como afirma la sentencia número 2270, «a fin de poder verificar que los resultados del procedimiento robotizado sean conformes a las prescripciones y las finalidades establecidas por la ley o la propia Administración sobre dicho procedimiento y para que queden claras –y, por lo tanto, sean cuestionables– las modalidades y reglas a partir de las que se haya programado».

En esta línea, la sentencia número 8472, reitera que el conocimiento del algoritmo “debe garantizarse en todos sus aspectos: desde sus autores hasta el procedimiento utilizado para su elaboración, el mecanismo de decisión, incluidas las prioridades asignadas en el procedimiento de valoración y decisión de los datos seleccionados como relevantes”

La decisión algorítmica, y, por tanto, el algoritmo que conduce a la decisión, deben estar a disposición del ciudadano, pero también sujetas a la plena competencia de la jurisdicción, que debe poder valorar su racionalidad, proporcionalidad y coherencia (Sassi, 2019; Esposito, 2019).

Este requisito de transparencia y conocimiento, atribuible en términos esenciales “al principio de motivación y/o justificación de la decisión”, adquiere una relevancia sustancial como se indica en la sentencia 8472 del Consejo de Estado, y no termina, no encuentra sustituto, en “la aplicación rígida y mecánica de todas las detalladas normas procesales de la Ley número 241 de 1990” (como, por ejemplo, la comunicación que indica el procedimiento o el nombramiento formal de un responsable del procedimiento).

Por el contrario, la regla algorítmica sobre la que se basa la decisión debe considerarse ilegítima: en particular cuando, por ejemplo, no se «entienda por qué motivo las expectativas legítimas de los sujetos [...] se han frustrado»: de hecho, «la imposibilidad de comprender [su] modalidad [...] constituye de por sí un vicio que invalida el procedimiento» (sentencia número 2270 de 2019). Se exige que la Administración demuestre la presencia de esta transparencia algorítmica, no solo que se ‘afirme’ la legalidad de las decisiones algorítmicas: “que siempre debe ser probada e ilustrada a nivel técnico, al menos aclarando las

circunstancias mencionadas anteriormente, es decir, las instrucciones dadas y los métodos de funcionamiento de las operaciones informáticas” (en estos términos el Consejo de Estado en su sentencia número 8472).

5. Breves notas finales

En ausencia, según lo expuesto anteriormente, de disposiciones legales específicas, es la jurisdicción la que ha tenido un papel principal en el desarrollo de la reflexión y la definición de las coordenadas jurídicas en lo relativo a las decisiones algorítmicas. También demuestra la vitalidad de la construcción jurisprudencial del derecho administrativo a través de la adaptación continua de principios a situaciones sociales, económicas y (ahora sobre todo) tecnológicas cambiantes.

El escenario es reciente, y la jurisprudencia está en evolución, pero parece evidente que en una evolución particularmente rápida de la jurisprudencia, nos encontramos ante una cierta dificultad de la jurisdicción a enfrentarse a la automatización y comprender sus implicaciones: esto ha conducido, en un primer momento, a un enfoque excesivamente cerrado, especialmente por parte del Tribunal Administrativo Regional de Lacio, aunque también a la “apertura” que ha continuado reflejando la complejidad del fenómeno. En particular, inicialmente la jurisprudencia parece no entender completamente las dinámicas del aprendizaje automático y, por lo tanto, revela una dificultad para comprender en profundidad las rutas decisionales de una automatización y unos algoritmos que se alimentan de datos masivos (Costantino, 2019). La combinación de algoritmos «inteligentes» y datos masivos (Falcone, 2017) no permite, bien mirado, resolver la cuestión dentro de las coordenadas tranquilizadoras del pleno conocimiento y la posibilidad de trazar todos los pasos decisionales y de las decisiones «repetitivas y vinculadas» en las que querría confinarla la jurisprudencia inicial del Consejo de Estado.

En este sentido, el Consejo de Estado parece en un primer momento tergiversar «la aparente transparencia y simplicidad de los sistemas informáticos» (Sassi, 2019, 110)

y reproduce para las decisiones algorítmicas líneas de reflexión maduras en torno a procesos de toma de decisiones automatizados de tipo realmente mecánico o determinista. El problema es que los algoritmos contemporáneos no necesariamente «funcionan según una lógica causal y determinista» (Auby, 2019; cfr. Cukier, Mayer-Schönberger, 2014): la jurisprudencia y los principios que derivamos de ella, finalmente comienzan a confrontarse de una manera más consciente y articulada, con estas características de los procedimientos robóticos.

Surge así, en la sentencia más reciente número 8472 de diciembre de 2019, un primer ‘decálogo’ de la legalidad de los algoritmos, para cuya definición ha asumido un papel relevante y paradigmático la regulación europea de protección de los datos personales.

La atención de la doctrina a esta cuestión es, y ha sido en los últimos meses, particularmente intensa, y es en el debate científico donde se advierte una maduración de la reflexión que seguramente no dejará de encontrar rastros en la jurisprudencia que, cada vez más, debe afrontar decisiones algorítmicas y que hasta el momento se ha situado a la vanguardia de proporcionar las primeras coordenadas jurídicas para regular estos fenómenos.

En cualquier caso, cabe destacar que el enfoque de este tema no se limita a la intervención de la jurisdicción: así, por ejemplo, a escala gubernamental, la Agencia para la Italia Digital (AGID) cuenta con un grupo de trabajo de inteligencia artificial que ya ha elaborado un destacable libro blanco sobre la materia (Tresca, 2018). Sin embargo, es interesante señalar que es precisamente en el prisma de la evolución tecnológica, y de los desafíos que plantea, que la doctrina y la jurisprudencia han recuperado un papel central en la construcción de las condiciones de la legalidad de los algoritmos, en detrimento de un legislador que hasta ahora no ha sido demasiado diligente en proporcionar respuestas detalladas a cuestiones que aún no son centrales de la digitalización pública.

Referencias bibliográficas

- AUBY, J-B. (2019). Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali. *Istituzioni del federalismo*. Núm. 3, págs. 619-643.
- BONFANTI, A. (2018). "Big data" e polizia predittiva: riflessioni in tema di protezione del diritto alla "privacy" e dei dati personali. *La rivista di diritto dei media*. Núm. 3, págs. 1-13.
- CAIO, F. (2014). *Lo Stato del digitale*. Padua: Mursia.
- CARLONI, E. (2014). *L'amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell'open government*. Rimini: Maggioli.
- CARLONI, E. (2015). Tendenze recenti e nuovi principi della digitalizzazione pubblica. *Giornale di diritto amministrativo*. Núm. 2, págs. 148-158.
- CARLONI, E. (2016). Digitalizzazione e riforma dell'amministrazione: la nuova agenda. A: MASTRAGOSTINO, F., PIPERATA, G., TUBERTINI, C. (eds.). *L'amministrazione che cambia. Fonti, regole, percorsi di una nuova stagione di riforme*. Bologna: Bononia University Press, págs. 267-298
- CARLONI, E. (2019). Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni. *Diritto pubblico*. Núm. 2, págs. 363-392.
- CIVITARESE MATTEUCCI, S. (2019). «Umano troppo umano». Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità. *Diritto pubblico*. Núm. 1, págs. 5-42.
- COSTANTINO, F. (2019). Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data. *Diritto pubblico*. Núm. 1, págs. 43-70.
- CUKIER, K., MAYER-SCHÖNBERGER, V. (2014). *Big data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*. Milán: Garzanti.
- D'ANGELOSANTE, M. (2016). La consistenza del modello dell'amministrazione 'invisibile' nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni. A: CIVITARESE MATTEUCCI, S., TORCHIA, L. *La Tecnificazione*. Florencia: Firenze University Press, pág. 165 y sigs.
- ESPOSITO, G. M. (2019). Al confine tra algoritmo e discrezionalità. Il pilota automatico tra procedimento e processo. *Diritto e processo amministrativo*. Fasc. 1, págs. 39-68.
- FALCONE, M. (2017). "Big data" e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Núm. 3, págs. 601-639.
- GALETTA, D. U., CORVALÁN J. G. (2019). Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto. *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato* 6 de febrero, págs. 1-23.
- MARTÍN DELGADO, I. (2019). Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?. *Istituzioni del federalismo*. Núm., 3, págs. 643-662.
- MASUCCI, A. (1993). *L'atto amministrativo informatico: primi lineamenti di una ricostruzione*. Nápoles: Jovene.
- MASUCCI, A. (2019). Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici on line. Lineamenti del disegno normativo. *Diritto pubblico*. Núm. 1, págs. 117-152.
- MERLONI, F. (ed.). (2005). *Introduzione all'eGovernment*. Turín: Giappichelli.
- MORETTI, A. (2018). Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il contributo del Regolamento (UE) 2016/679. *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*. Fasc. 4-5, págs. 799-817.

- ORSONI, G., D'ORLANDO, E. (2019). Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi. *Istituzioni del federalismo*. Núm. 3, págs. 593-617.
- PATRONI GRIFFI, F. (2018). [artículo en línea] [Disponible en: <https://www.giustizia-amministrativa.it>]. 28 de agosto, págs. 1-12.
- PIRAS, P. (2006). L'amministrazione nell'era del diritto amministrativo elettronico. *Diritto dell'internet*. Núm. VI, pág. 550 y sigs.
- RESTA, G. (2019). Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza. *Politica del diritto*. Núm. 2, págs. 199-236.
- SASSI, S. (2019). Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità. *Analisi Giuridica dell'Economia*. Núm. 1, págs. 109-128.
- SORACE, D. (2015). *Diritto delle amministrazioni pubbliche*. Bologna: Il Mulino.
- TRESCA, M. (2018). I primi passi verso l'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino: brevi note sul Libro Bianco dell'Agenzia per l'Italia digitale. *La rivista di diritto dei media*. Núm. 3, pág. 13.
- VACCARI, S. (2019). Note minime in tema di Intelligenza Artificiale e decisioni amministrative. *Giust. Amm. Rivista di Diritto Amministrativo* Núm. 10, págs. 1-10.

Cita recomendada

CARLONI, Enrico (2020). «IA, algoritmos y Administración pública en Italia», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 30, págs. 1-12. UOC [Fecha de consulta: dd/mm/aa] <http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i30.3228>



Los textos publicados en esta revista están –si no se indica lo contrario– bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite su autor y la revista y la institución que los publica (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

Sobre el autor

Enrico Carloni
 enrico.carloni@unipg.it
 Universidad de Perugia

Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Perugia, Departamento de Ciencias Políticas. Desde marzo de 2018 es responsable de la línea de investigación de Calidad de la Administración y Anticorrupción en el marco del plan de desarrollo del Departamento como Departamento de Excelencia (proyecto "LEPA - Legality and Participation"). Es autor de más de un centenar de publicaciones, incluidas monografías y capítulos de libro y revistas científicas sobre diversos temas de derecho administrativo, administración digital y prevención de la corrupción.