

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda de Costa Rica: 50 Aniversario

*Artículos Académicos en Derecho Administrativo
y Referencias Históricas*

**Coordinador:
Jorge Leiva Poveda**

Autores:

Abarca Gómez, Cynthia	Madriz Martínez, Karla
Argüello Rojas, Luis Mariano	Milano Sánchez, Aldo
Córdoba Ortega, Jorge	Ortiz Zamora, Luis
Echandi Gurdián, María Lourdes	Patiño Cruz, Silvia
González Ballar, Rafael	Peña Chacón, Mario
Hernández Vargas, Marco Antonio	Ramírez González, Luis Diego
Jinesta Lobo, Ernesto	Rodríguez Cubero, Lindsay
Jiménez Meza, Manrique	Segura Ramírez, Rolando
Leiva Poveda, Jorge	Ubico Durán, Carlos

**San José – Costa Rica
2022**

CR 348.009 Leiva Poveda, Jorge Enrique
P879t Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda de
Costa Rica 50 aniversario: artículos académicos en Derecho
Administrativo y Referencias Históricas / Jorge Enrique Leiva
Poveda. -- 1a. ed. --San José, Costa Rica: Jorge Enrique Leiva
Poveda, 2022.

1 Recurso en línea (5000kb).

Disponible en PDF

ISBN 978-9968-49-913-2

1. DERECHO ADMINISTRATIVO 2. LIBROS ELECTRÓNICOS I.
Título.

Consejo Editorial

José Martín Conejo Cantillo.

Laura García Carballo.

Ana Gabriela Richmond Solís.

Kathy Valerio Jiménez.

Aviso

Esta obra es gratuita y de libre circulación
se prohíbe su venta o comercialización.

Publicación en formato digital.

Versión original publicada en formato Portable Document Format, PDF.

Publicada el 1° de marzo de 2022.

San José - Costa Rica.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Dr. Aldo Milano Sánchez*

«Science sans conscience [n'etant] que ruine de l'âme »
Rabelais, Pantagruel

SUMARIO: I.- A modo de breve marco teórico. II.- Inteligencia artificial como herramienta para la celeridad procesal. III.- La actividad administrativa automatizada como objeto de control contencioso administrativo. 1.- Régimen jurídico de los actos administrativos automatizados. 2.- Particularidades del contencioso administrativo de control de conductas automatizadas. 3.- Conductas automatizadas sometidas a control de legalidad: algunos casos emblemáticos a.- La publicidad del algoritmo b.- La fiscalización del algoritmo Bibliografía.

Participo con entusiasmo y agradecimiento en esta feliz iniciativa del Dr. Jorge Leiva Poveda de celebrar el cincuenta aniversario de la creación del Tribunal Superior Contencioso Administrativo, con una obra colectiva.

Me llena de entusiasmo participar porque, de ese modo, se celebra de la forma más constructiva este importante hito de la historia de Estado de Derecho costarricense. ¡Qué mejor forma que hacerlo con una publicación colectiva que propicie la crítica, la mejora y evolución del propio Estado de Derecho!

Lo hago agradecido, porque estas iniciativas son muy escasas. Por ello, cuando se dan, no queda más que agradecerlo. Implican para quien las promueve sacrificios de toda naturaleza, incluidos los económicos, lo que no toda persona está dispuesta a asumir. Eso explica, claro está, la referida escasez. Así que debo agradecer a Jorge que haya decidido asumir esta nueva quijotada -una más- y lo insto a mantener esa actitud crítica que le caracteriza como Juez y Jurista.

La labor de la doctrina, dentro del sistema jurídico, es irremplazable. Por su medio, se hacen observaciones objetivas del marco normativo, así como de la jurisprudencia. Esas observaciones son las que propician, en muchos casos, la evolución de ambas fuentes del Derecho. Ahí radica, precisamente, la importancia de propiciarlas y el por qué debe atenderse estas invitaciones con entusiasmo y con agradecimiento.

Así que lo único que me queda es esperar que mi aporte en esta grata oportunidad que nos abre Jorge sea de interés para el lector y contribuya, de algún modo, a perfeccionar nuestro Estado de Derecho.

* Doctor en Derecho Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología. Doctor en Derecho Universidad Nacional de Educación a Distancia. Socio de la firma Consultores en Derecho Público S.A. www.aldomilano.com

He optado, aprovechando el amplio marco de libertad que el coordinador de esta publicación no otorgó, por evaluar el papel de la inteligencia artificial (“IA”) en el contencioso administrativo y del contencioso administrativo con relación a la IA. El tema permite contrastar una realidad -la existente al momento de la creación del Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo que celebramos- con la actual.

Ahora bien, como lo plantea De la Sierra (12 de marzo de 2020), es posible analizar la IA con relación al contencioso administrativo desde una doble vertiente.

Según lo expondré, la IA puede ser considerada como una herramienta para introducir celeridad y precisión en el proceso. Por su medio, los juzgadores podrían tener una colaboración automatizada, pero también, podría ser el mecanismo para la resolución automatizada de procesos recurrentes (II).

La otra vertiente que analizaré se relaciona con el desafío que se presenta para el contencioso administrativo debido al surgimiento inminente de la labor de control de los llamados actos administrativos automatizados, modalidad de conducta administrativa impensada hace cincuenta años al momento de la creación del Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo, pero que pronto será parte del quehacer cotidiano de ese órgano jurisdiccional (III).

Antes, sin embargo, he creído pertinente desarrollar un breve marco teórico para una mejor comprensión de estas dos temáticas (I).

I.- A modo de breve marco teórico

El ámbito de las TICs no es precisamente en el cual los juristas nos desenvolvemos con mayor familiaridad, si bien las exigencias de la Administración Pública 4.0 nos empiezan a obligar a introducirnos en las nociones y semántica propias de esas tecnologías, cada vez más cambiantes.

Precisamente por ello, estimé de interés examinar algunos conceptos básicos de la cuarta revolución industrial que actualmente vivimos de la mano de la inteligencia artificial.

Lo primero que interesa comentar, es que la IA se cataloga como “una de las cinco tecnologías que está llamada a transformar nuestra sociedad y será impulsora del crecimiento económico y el progreso social en las próximas décadas. Por ello, se ha reconocido como la base de la cuarta revolución industrial” (Cerrillo Martínez y Velasco Rico, Mayo 2019, p.292) (Corvalán, 2018).

Se ha definido como “Parte de la informática que pone en juego representaciones simbólicas del conocimiento y mecanismos de razonamiento complejo” (Bourcier, 2002, p.186).

Para cumplir con ese cometido, se acude al uso de algoritmos, por los que se debe entender aquella “Descripción paso a paso de las etapas de un mecanismo o proceso que debe ejecutarse en un periodo de tiempo para alcanzar la solución de un problema. Cuando se traduce a un lenguaje de programación, el algoritmo proporciona el programa” (ibidem, p. 184).

Otra definición del algoritmo es la que propone Corvalán, quien indica que “puede ser definido como un conjunto preciso de instrucciones o reglas, o como una serie metódica

de pasos que puede utilizarse para hacer cálculos, resolver problemas y tomar decisiones. El algoritmo es la fórmula que se emplea para hacer un cálculo” (Enero/abril 2018, p.299).

Finalmente, otro concepto importante es el machine learning o aprendizaje automático. Se trata de "aquellos algoritmos que tienen la capacidad de aprender de los datos y de la experiencia y, a partir de ellos, formar nuevos criterios o tomar decisiones autónomas" (Cerrillo i Martínez, Junio- Diciembre 2020, p.18). Esta metodología, como explica Viaut (2020) permite crear un proceso de toma de decisión automatizado que se desarrolla a partir de datos y ya no a partir de reglas creadas por el ser humano, al menos de forma explícita.

La misma autora alude a otra noción que será de utilidad comprender en adelante. Se trata de los algoritmos predictivos, los cuales “permiten generar un modelo predictivo basado en un ejemplo validado por el Hombre” (ibid., traducción libre del francés).

Ese tipo de algoritmo, aplicado a la labor de impartir Justicia, según detalla Viaut “es capaz de determinar las probabilidades de resolución de un litigio, estimar la cuantía de las indemnizaciones, identificar las vías procesales necesarias, aislar e indicar los hechos que han podido influir sobre las decisiones adoptadas anteriormente” (ibid., traducción libre del francés). Esos sistemas dan lugar a la “justicia predictiva” y responden, a la noción de “legaltechs”.

Otra noción que interesa señalar es la de los sistemas expertos, los cuales “no buscan simular razonamientos universales, sino conocimientos expertos vinculados a campos de conocimiento muy especializados” (Bourcier). Específicamente, cabe entender por sistema experto “un entorno lógico capaz de gestionar la propia base de conocimientos, resolver problemas bien delimitados y específicos, producir nuevos conocimientos y explicar su razonamiento” (ibid.).

Así, en el ámbito jurídico, se ha logrado desarrollar sistemas expertos que permiten asistir en la decisión, los cuales “están destinados a la resolución de problemas para los que el usuario es un decisor que solicita conocimiento experto” (ibid.).

Es decir, no se trata de un sistema que coadyuva en la obtención de documentación, como podría ser el Nexus del Poder Judicial, sino que contribuye a “tratar una cuestión jurídica”, “proporciona un resultado válido y justificable jurídicamente”, “El resultado tiene que ser jurídicamente válido y todas las etapas de razonamiento tienen que ser justificables” (ibid.).

Este tipo de instrumentos de IA han venido siendo utilizados por las administraciones públicas de modo creciente y no precisamente hace poco tiempo.

En efecto, como expone Bourcier, en Francia desde los años noventa del siglo XX, se utiliza, entre otros, un sistema experto denominado BRUITLOG, mediante el cual los gobiernos locales eligen la mejor alternativa para el manejo de molestias sonoras. En efecto, este sistema “...proporciona un diagnóstico sobre la gravedad de la situación y a continuación le propone una solución jurídica compatible con el derecho vigente”.

Más recientemente, es preciso aludir a un precedente de especial interés del Conseil Constitutionnel francés. Se trata de la Décision No. 2019-796 DC de 27 de diciembre de 2019, en la cual se examinó preventivamente la constitucionalidad de una disposición incluida en el entonces proyecto de la Ley de Finanzas de 2020.

En concreto, la consulta se pronunció con relación al cuestionamiento de constitucionalidad del artículo 154 de esa ley que autorizaba a la administración a recurrir a herramientas automatizadas para coleccionar y procesar contenidos accesibles en sitios Internet con fines tributarios y aduaneros, de modo experimental y por un plazo de tres años.

La decisión del Conseil Constitutionnel fue declarar la constitucionalidad de la norma, si bien disponiendo su interpretación conforme y sin perjuicio de reevaluar tal conformidad, luego de transcurrido su plazo de vigencia.

En particular, el Conseil estimó que no había disconformidad con la Constitución en el tanto se respetara una serie de condicionamientos: solo podrán procesarse datos públicos en línea que consten en redes sociales y plataformas de comercio electrónico, siempre que el contenido sea accesible libremente. Queda excluida la recolección de datos para los cuales se requiera contraseña o registro en una página Web. Se estimó inviable, además, que se colecciona información que no sea de naturaleza pública y que no tenga libre acceso, todo ello con el objeto de amparar los derechos a la privacidad e intimidad.

Como se aprecia, el uso de un sistema experto para el control de la evasión fiscal, en definitiva, se estimó constitucional, si bien con sujeción a ciertas limitaciones concretas resultantes de garantías fundamentales de los contribuyentes.

Se trata de una herramienta también admitida en el medio español, específicamente, mediante la Ley 58/2003, Ley General Tributaria, cuyo artículo 96 establece las garantías que han de reconocerse en el caso de actuación automatizada por parte de la administración tributaria. Concretamente se reconoce el deber de garantizar “la identificación de los órganos competentes para la programación y supervisión del sistema de información y de los órganos competentes para resolver los recursos que puedan interponerse”.

Otro concepto que interesa a mi juicio evaluar, es el de las llamadas black boxes o cajas negras. “Se llama sistema de caja negra a la herramienta computacional en la que uno entiende los datos ingresados y los resultados, pero no comprende el procedimiento subyacente. Aquí el código es inescrutable porque el programa “evoluciona” y los seres humanos no pueden entender el proceso que siguió la programación para lograr una solución determinada” (Corvalán, enero-febrero 2018, pp.306-307).

Se menciona por ello, que uno de los riesgos de la IA es caer en “una sociedad de cajas negras” (Villani, citado por Sauvé, 2018).

De hecho, se estima que una de las limitaciones para el uso de IA por parte de las Administraciones Públicas o empresa privadas con posibilidad de lesionar derechos fundamentales, es en el caso en que se trate de uno con sistema de caja negra (Corvalán, enero-febrero 2018).

Precisamente por ello, como se ampliará adelante, uno de los marcos de acción de la IA, es su estrecha sujeción al Principio de transparencia (Sauvé).

Esto nos acerca a quizá la noción de mayor interés para el Derecho administrativo en lo que a su relación con la IA se refiere.

Se trata de la denominada actividad administrativa automatizada, noción que se aleja de la idea del procedimiento administrativo tradicional e inclusive del electrónico, de la digitalización de los expedientes administrativos y del acceso remoto a éstos, para adentrarse

en el ámbito de actuaciones de las administraciones públicas en las cuales no existe intervención humana.

La noción no es, para nada, una noción de ciencia ficción. Se trata de una realidad en ciertos ámbitos como el europeo, francés, español o argentino es objeto de una creciente regulación normativa.

Lo primero que me parece de interés resaltar, en ese sentido, es que la herramienta informática -software- o la máquina -hardware- “no se limita simplemente a ayudar al titular del órgano a adoptar una decisión en el ejercicio de sus funciones, sino que procede directamente a adoptar la decisión, sin intervención alguna del titular en ese caso concreto” (Martín Delgado, setiembre-diciembre 2009, p. 361).

Concretamente, en el artículo 5 de la Ley 11/2007, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, define la actividad administrativa automatizada como aquella que es:

“... producida por un sistema de información adecuadamente programado sin necesidad de intervención de una persona física en cada caso singular”.

También la noción es objeto de regulación en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuyo artículo 41.1 la define así:

“Se entiende por actuación administrativa automatizada, cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público”.

Más adelante se comentará con detalle sobre el régimen jurídico de esta modalidad de conducta administrativa, que podría suponer el cuestionamiento de algunos de los cimientos del Derecho administrativo, tales como la teoría del órgano y del acto administrativo tradicionales.

II.- Inteligencia artificial como herramienta para la celeridad procesal

La Sala Constitucional ha reconocido como derecho fundamental innominado, el de comunicarse de forma electrónica “con los poderes públicos” (Sentencia No. 8108-2014), lo que, sin embargo, no puede impedir el derecho de hacerlo presencialmente, aún en tiempos de pandemia (Sentencia No. 8959-2020).

De este modo, bien puede entenderse que el acceso a la jurisdicción debe asegurarse, plenamente, por medios electrónicos. Así, los mecanismos de corte electrónico -que no automatizados- han llegado para quedarse. Según ese mismo fallo de la Sala Constitucional, una vez que se abren esos canales, no es posible revertir esa facilidad, debido a la imposibilidad de adoptar medidas regresivas en materia de derechos fundamentales.

Menciono esa garantía, dado que no será mucho el tiempo que habrá que esperar, a mi juicio, para que, como derivación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, se estime exigible la introducción de mecanismos automatizados para garantizar una justicia pronta y cumplida, así como para asegurar mayor seguridad jurídica en la toma de decisiones jurisdiccionales.

En esto la jurisdicción contencioso administrativa no podría ser, claro está, una excepción. Más bien, podría convertirse en la pionera, siendo que el trámite de los procesos de amparo de legalidad creados pretorianamente, debido a su masividad y repetición, estimo que es uno de los campos donde podría implementarse con mayor facilidad la IA.

Con todo, lo cierto es que el aprovechamiento de la IA en la jurisdicción contencioso administrativa, a mi juicio, es ya una exigencia impuesta por el Derecho de la Constitución.

En efecto, es claro que siendo que la jurisdicción es un recurso escaso y que las finanzas públicas no son un recurso infinito, es preciso acudir de modo creativo a instrumentos automatizados que permitan agilizar la toma de decisiones de fondo por parte de los juzgadores.

Es claro, también, que nuestra realidad fiscal impide que en un corto y hasta mediano plazo la plantilla de jueces contencioso administrativos crezca. De hecho, según pude comprobar en otra investigación, no ha crecido desde el año 2015 (Milano Sánchez, 2020, p. 37). Menos aún podrá crecer el número de jueces de casación por razones ya no sólo presupuestarias, sino políticas.

De esta forma, no existe otra vía más que la automatización de la Justicia para atacar la creciente mora judicial.

En efecto, a la IA como herramienta para impartir justicia, se le asigna al menos tres objetivos (Viaut).

El primero es contribuir en la toma de la decisión del juzgador. Según la citada autora, por ejemplo, mediante desarrollos Legaltech es posible realizar análisis estadísticos de la Jurisprudencia, lo que permite a los jueces guiar sus decisiones, controlar la buena aplicación de las reglas de Derecho y generar en una cierta armonización en la aplicación de las normas: «El juez que trabaja usualmente solo podrá entonces tener una idea de lo que sus pares hacen en casos similares» (traducción libre del francés).

Así, se logra aliviar el trabajo del juez y poner fin a la incerteza en la aplicación de la norma en beneficio de la seguridad jurídica que se ve reforzada (Viaut).

El segundo objetivo es la predicción de la decisión (ibid.), por medio de las herramientas de Justicia predictiva que permiten predecir, mediante algoritmos, cuál sería la decisión que se adoptaría en un caso determinado, considerando variables tales como bases de jurisprudencia.

El tercer objetivo, finalmente, es controlar a posteriori la decisión para asegurar su coherencia. No se trata ya de contribuir en la toma de la decisión, sino llevar a cabo un análisis automatizado de las decisiones adoptadas mediante un algoritmo que tipifique las decisiones (Pécaut-Rivolier et. al. 14 de abril de 2020).

En suma, estos recursos Legaltech, más allá de colaborar en la localización de documentación, permiten incluso automatizar la toma de ciertas decisiones jurisdiccionales prescindiendo de toda intervención humana.

No se trata, con todo, de una idea propia de la ciencia ficción. Cada vez más se ha venido introduciendo en el quehacer jurisdiccional el uso de la IA para propiciar una más eficiente prestación del servicio público justicia.

En efecto, en el Derecho comparado es posible mencionar varios ejemplos de mucho interés que dejan evidencia del que suele ser el primer paso hacia la automatización de la Justicia.

Se trata de la introducción del expediente electrónico, el acceso remoto al mismo y comunicaciones electrónicas de las resoluciones judiciales.

Precisamente, mediante la Ley 18/2011 de 5 de julio adoptada en España, denominada Ley reguladora del uso de las tecnologías de información y la comunicación en la Administración de Justicia, regula el uso de medios electrónicos por parte de los órganos jurisdiccionales (De La Sierra, 12 de marzo de 2020), con el interés de combatir por ese medio las dilaciones excesivas por medio de la introducción de las TICs.

Algo similar ha venido ocurriendo en la jurisdicción contencioso administrativa costarricense, a propósito de la implementación hace ya varios años atrás del expediente electrónico o digital, de la plataforma Sistema de Consulta en Línea, así como de las notificaciones mediante correo electrónico, ámbitos en los cuales, si bien hay algunas oportunidades de mejora, se ha venido satisfaciendo el derecho del justiciable de relacionarse electrónicamente con los órganos jurisdiccionales, lo que, como hemos visto, es ya un derecho fundamental atípico que no admite medidas regresivas y cuya eficacia es deber del Poder Judicial asegurar y acrecentar.

Pero el paso que falta dar y que, a mi juicio, no debería esperarse mucho para cristalizarlo, es la utilización de la IA para la resolución de procesos o para la adopción de resoluciones de mero trámite, ámbito en el cual, como sucede incluso en España, la normativa procesal “resulta a todas luces insuficiente para integrar la nueva realidad” (De La Sierra).

Lo cierto es que, en medios como Colombia, desde hace un año se trabaja en la implementación de la IA en el quehacer del Consejo de Estado y ya se hizo en el de la Corte Constitucional.

Se ha estimado que la necesidad de implementar la IA en la actividad jurisdiccional deriva de una exigencia de “eficiencia sustantiva de la justicia”, de modo que “ante los deseos de justicia de una sociedad, es necesario que los aparatos de justicia hagan el mejor uso de los escasos medios de que disponen para garantizar decisiones que satisfagan la necesidad social de lo justo. Pero cuando los medios no son los adecuados, los tiempos se extienden durante años, entonces, la decisión judicial es ineficiente”. Así, se estima con razón, que corresponde implementar una respuesta “tecnológica y disruptiva” (Sierra Cadena, 09 de marzo de 2021).

También el uso de la IA permitiría mediante tecnologías de Machine Learning, “ayudar al juez administrativo a tratar miles de documentos para clasificar y organizar la información de acuerdo con criterios decididos por los mismos jueces. Allí el juez administrativo recupera el rol de orientador técnico y jurídico de la administración: juez y administrador” (ibid.).

Finalmente, se estima que “Tecnologías de IA asistida y vigilada por operadores jurídicos capacitados permitirá medios de prevención a toda tentativa voluntaria o involuntaria de violación de la tutela judicial efectiva” (ibid.).

Otro antecedente aún más revelador de la tendencia en este ámbito, es el caso de Estonia, país en el cual desde el año 2019 se inició la incorporación de jueces robot “en

juicios menores, aquellos en los que hay disputas de 7.000 euros o menos. La IA permitirá acelerar decenas de casos atrasados que los jueces y secretarios judiciales no pueden hacer frente” (The Technolawgist).

Según se explica “Su aplicación funcionará de la siguiente manera: las dos partes cargarán sus documentos e información relevante del caso en una plataforma, donde la IA tomará una decisión que podrá ser apelada por un juez “humano”. El sistema todavía está en prácticas y Velsberg ha explicado que podría ajustarse según los comentarios que están recibiendo de abogados y jueces” (ibid.).

En efecto, una tendencia doctrinalmente confirmada, propone incorporar la IA para la resolución masiva de “asuntos repetitivos o muy delimitados” (Viola, 2018, citado por De la Sierra).

No se trata, con todo, de una tesis novedosa. Ya en la década de los años noventa se ha venido implementando “soluciones de asistencia a la decisión para los contenciosos reiterados (arrendamientos, deshaucios...)” (Bourcier, p. 74).

A mi juicio, como lo adelanté, no cabe duda del interés de acudir a estas herramientas para la resolución, por ejemplo, de los procesos de amparo de legalidad que inundan al Tribunal Contencioso Administrativo luego del endoso por parte de la Sala Constitucional de esa materia.

Se trata, como lo menciona la doctrina, de procesos repetitivos o reiterados, así como con un objeto muy acotado -quebranto del derecho de petición y pronta respuesta y/o de justicia administrativa pronta y cumplida-.

La implementación de sistemas expertos para la resolución de esa gran masa de procesos repetitivos y de baja complejidad, permitiría liberar buena parte de los escasos recursos humanos del Tribunal, para dedicarlos a procesos de mayor complejidad y que han venido tomando cada vez más tiempo para ser resueltos por el fondo. Además, asegurarían su pronta resolución, lo que es de especial interés en vista de su objeto, es decir, la omisión del deber de resolver de modo pronto y cumplido una petición del justiciable dentro de un plazo razonable.

A ello cabe agregar la oportunidad que encuentro de introducir este tipo de sistemas para la fase de trámite de los procesos, ámbito en el cual la espera podría verse notablemente reducida si se desarrollaran soluciones de asistencia en la decisión de mero trámite.

En ese sentido, interesa aludir al programa denominado *Prometea*, inteligencia desarrollada en el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires, Argentina, “primer sistema de inteligencia artificial jurídico en Latinoamérica que trabaja con un asistente de voz (tal como lo hace Siri de Apple) y permite realizar un dictamen jurídico de manera íntegra. Es decir, la persona abre el expediente, y una vez que está en condiciones de proyectar un modelo, activa a *Prometea* por comando de voz en un celular (dispositivo móvil) o mediante un chat, como si fuera a mantener una conversación de *Whatsapp*. Todo el proceso, de manera íntegra, se realiza a través de la inteligencia artificial” (Corvalán, p. 303-304).

Se estima que este sistema “implica un salto cualitativo en relación con la velocidad y la precisión en nuestra labor cotidiana para prestar un mejor servicio de justicia” (ibid., 304).

Es claro que todo esto exige la puesta al día de la legislación procesal, así como la introducción de normativa ética, como la desarrollada en Europa, medio en el cual desde el año 2018 se aprobó la Carta Ética Europea sobre el Uso de la Inteligencia Artificial en los Sistemas Judiciales.

Como lo aprecia con razón Sauvé, detrás de estas perspectivas de progreso, se nos plantean interrogantes y “nuevos riesgos” los que, como ampliaré, estimo que han de ser abordados mediante una postura precautoria (Principio precautorio).

Dentro de los riesgos que identifica Sauvé se encuentra el riesgo de ver sacrificada una de las características de la labor de impartir Justicia, esto es, que cada caso debe ser examinado tal y como es, considerando “su irreductible originalidad y complejidad”. Por otra parte, para Sauvé el Juez podría ver limitada su libertad de apreciación e independencia, al preferir someterse a la opinión dominante o mayoritaria de sus pares. Además, considera que se podría estar frente a una tendencia en la cual se le asigne “una fuerza excesiva” la aplicación de “soluciones mayoritarias”, pero no precisamente “pertinentes” (ibid.).

Otro riesgo abordado repetidamente por la doctrina es el de la “reproducción de la subjetividad y sesgos, incluso inconscientes” de los seres humanos que conciben los algoritmos, tema que ya empieza a examinarse en casos prácticos, como se hará referencia infra a propósito del uso de la IA por parte de las administraciones públicas.

Finalmente, existe otro riesgo que tiene que ver con el respeto a la vida privada que, claramente, existe el riesgo de que se vea lesionado mediante el uso de la IA en la jurisdicción.

Esto obliga, por ende, a cuestionarse la forma en que corresponde regular la IA en todo reducto en que tenga expresión, inclusive, el jurisdiccional, de todo lo cual me ocuparé más adelante.

III.- La actividad administrativa automatizada como objeto de control contencioso administrativo

Corresponde ahora evaluar el uso de la IA por parte de las administraciones públicas, escenario en el cual el papel de la jurisdicción contencioso administrativo será vital para asegurar derechos fundamentales que podrían verse vulnerados.

En efecto, hoy se impone el desarrollo de una “nueva ética” en la que el juez contencioso administrativo deberá esforzarse para propiciar “las bases de una nueva etapa de control de las decisiones administrativas” (Sauvé).

Precisamente por ese atinado vaticinio de Sauvé, estimo que es momento de cuestionarse los desafíos que ocasiona la IA aplicada por administraciones públicas para la jurisdicción contencioso administrativa.

Para abordar esa tarea, en primer lugar, estimo de interés analizar ¿cuál es el régimen jurídico que se ha establecido para este tipo de conductas administrativas? Sus particularidades suponen una serie de exigencias cuyo respeto corresponderá desarrollar a la jurisdicción contencioso administrativa por tratarse de elementos sustanciales como exigencia de validez y eficacia de esa nueva suerte de actividad administrativa otrora impensada (1).

Por otra parte, existen algunas particularidades del contencioso administrativo de los actos automatizados que conviene abordar. ¿Esta modalidad de conductas administrativas pueden incluirse dentro de las que están sujetas al control de legalidad según la normativa en vigor? En ese caso ¿cuáles son las particularidades de los procesos con dicho objeto? (2)

Finalmente, me parece de interés comentar algunas de las evidencias que muestra el Derecho comparado de casos en que se han sometido a control conductas automatizadas (3).

1.- Régimen jurídico de los actos administrativos automatizados

La proliferación de actuaciones administrativas automatizadas que podría darse en algunos años en las administraciones públicas costarricenses, a mi juicio debería estar precedida de una regulación normativa puntual que permita disfrutar de sus beneficios, pero también anticipar lo que se ha dado en llamar “el lado oscuro” de la IA (Corvalán).

Si nos basamos para ello en la experiencia española, evaluando lo que dispone la Ley 18/2011, podemos tener claro la insuficiencia del ordenamiento jurídico costarricense en esa materia.

Efectivamente, no podría ser de otra manera. Nuestra Ley General de la Administración Pública (“LGAP”) fue redactada en la década de los años sesenta del Siglo XX, cuando la noción de conductas administrativas automatizadas estaba aún muy lejos de siquiera imaginarse.

Por otra parte, los esfuerzos normativos e institucionales en la incorporación de la IA en el quehacer de las administraciones públicas es prácticamente inexistente en el medio costarricense. Lo que se ha ido desarrollando hasta ahora, son normativas que regulan, de algún modo, procedimientos administrativos electrónicos aunque no se ha tratado de una regulación común y menos aún sistemática.

Así las cosas, es preciso poner a punto nuestra normativa sustantiva para precisar el régimen jurídico de esta naturaleza de conductas administrativas.

Para iniciar, es indispensable que se disponga una habilitación normativa para adoptar actos de esta naturaleza. En efecto, como se ha puesto en evidencia por parte de la doctrina “sólo cuando la normativa reguladora del concreto procedimiento, después de valorar su legalidad, oportunidad y conveniencia, prevea la posibilidad de terminar el mismo de forma automatizada mediante un sistema informático podrá hacerse uso de la actuación administrativa automatizada. En otras palabras, es necesaria una habilitación normativa previa.” (Martín Delgado, p. 373).

Otro aspecto que resulta recomendable regular, como lo expone el mismo autor, es la determinación del órgano competente “para aprobar el sistema de información, que será aquel que tenga encomendado legalmente el ejercicio de la competencia para adoptar la resolución finalizadora del procedimiento, y órgano competente para programar y supervisar la ejecución del sistema de información, que será otro diferente, capacitado técnicamente para el ejercicio de esa función” (ibid., p. 379).

Además, como el mismo autor puntualiza, parte del régimen particular de los actos administrativos automatizados, es la “autenticación del ejercicio de la competencia”, aspecto que en el medio costarricense podría entenderse cubierto por la ley de certificados, firmas

digitales y documentos electrónicos No. 8454 cuyas disposiciones en lo que a la firma digital se refiere, podrían resultar garantía suficiente (ver art. 10), sin perjuicio del eventual interés de acudir a otros mecanismos como sellos electrónicos en los casos en que se despersonalice la emisión de los actos y se atribuya al órgano administrativo como un todo.

Existe, además, una serie de principios por medio de los cuales se intenta paliar los riesgos que supone el uso de la IA por parte de las administraciones públicas, poniendo en entredicho derechos fundamentales como la igualdad y la intimidad, entre otros.

En efecto, Sauvé expone en ese sentido la especial importancia del Principio de Transparencia. Para el referido autor, “es indispensable que el juez y las partes puedan debatir con relación al contenido y los resultados de los algoritmos -sea de aquellos que sugieren redacciones y aún más de aquellos que proponen soluciones- para estar en capacidad de no someterse pasivamente a sus resultados o a sus oráculos. La trazabilidad y la regulación de los algoritmos deben también, en todo lo posible, ser aseguradas o al menos seriamente investigadas” (traducción libre del francés).

Pero la exigencia, sugiere con razón el mismo autor, debe ir más allá. Como lo plantea atinadamente, es posible que la transparencia no sea suficiente para “atemperar los sesgos conceptuales de los algoritmos, algunos de ellos claramente conscientes, aunque invisibles. La transparencia debe ser ir acompañada así, de una política de inteligibilidad de la información, dado que, para la inmensa mayoría de nosotros, la simple difusión del código fuente no será suficiente para comprender el funcionamiento del algoritmo” (traducción libre del francés).

Otro de los principios que han de ser considerados como parámetros de legalidad de la actividad administrativa automatizada es el Principio de lealtad “de quienes conciban y sean arquitectos de la inteligencia artificial”, de modo tal que queden obligados a ajustarse al interés general (ibid.).

Finalmente, se debe considerar el Principio de Responsabilidad. Así, corresponde que “el conjunto de actores involucrados” se desenvuelvan “dentro de una lógica de conformidad y de lealtad”. En efecto, por un lado, los actores privados deben ser “vigilantes y estar atentos a los riesgos y desafíos de la inteligencia artificial, así como de su propia responsabilidad” de modo que la vigilancia y gobernanza de la IA no repose únicamente en el Estado (Ibid., traducción libre del francés).

Precisamente en cuanto a este último control, es preciso anticipar algunos de los vicios que corresponderá evaluar a la jurisdicción contencioso administrativa.

En efecto, es posible prever debates en cuanto a si el uso de la IA en determinado campo está o no previamente autorizado por el legislador, es decir, temas propios de la habilitación normativa -principio de legalidad- para emitir este tipo de actos administrativos.

Igualmente, podrán surgir temas propios de competencia de los órganos involucrados, así como de la autoría de los actos, lo que podría ser de particular interés en los casos en que se quisiera exigir responsabilidad personal o administrativa del funcionario que adopta la conducta automatizada.

Pero quizá lo que más podría generar debate, es si la puesta en práctica de algún algoritmo genera o no sesgos lesivos al derecho a la igualdad o no discriminación o bien, al

derecho a la intimidad, lo que, como veremos, empieza en efecto a ser objeto de atención por distintas cortes a nivel comparado.

Finalmente, algunas voces han planteado, con razón a mi juicio, que el uso de la IA debería ajustarse a las reglas del Principio Precautorio, principio del Derecho ambiental y sanitario que en nuestro medio ha tenido reconocimiento de su raigambre constitucional tal y como lo he expuesto en otra ocasión (Milano Sánchez, 2005).

En efecto, se ha considerado que ante un riesgo potencial corresponde una actitud precautoria, lo que podría suceder con algunas de las aplicaciones de algoritmos para la toma de decisiones por parte de agentes públicos o privados. De este modo, se estaría en una situación en que existe una falta total o absoluta certeza científica acerca de los riesgos, por ejemplo, de ocasionar violaciones constitucionales de principios como el de igualdad y no discriminación (Corvalán, 2018).

Coincido, sin duda, de que en situaciones como las comentadas, el recurso al Principio Precautorio permitiría el manejo de los riesgos que potencialmente podría tener el uso de la IA en la actividad administrativa, lo que en modo alguno conduciría a su prohibición absoluta, aunque sí al manejo y administración del riesgo mediante protocolos derivados de disposiciones normativas y de derecho blando.

2.- Particularidades del contencioso administrativo de control de conductas administrativas automatizadas

Como lo adelanté, desde el punto de vista procesal, la doctrina ha empezado a considerar que la normativa muestra deficiencias para regular los procesos en que el objeto se vincula con la IA.

A mi juicio, ello hace impostergable evaluar, en el caso costarricense, el Código Procesal Contencioso Administrativo (“CPCA”) para determinar sus eventuales falencias o lagunas de frente a esta nueva realidad de la conducta administrativa.

Lo primero que considero de interés cuestionarse es si, conforme a las disposiciones del CPCA, sería posible someter a control de legalidad una conducta administrativa automatizada. Es decir, si dentro de las conductas que es posible pretender que se someta a control de legalidad, están los actos administrativos automatizados o, en general, la conducta administrativa automatizada.

En ese sentido interesa señalar que, conforme a las disposiciones del CPCA, se definió como tarea de la jurisdicción “tutelar las situaciones jurídicas de toda persona, garantizar o restablecer la legalidad de cualquier conducta de la Administración Pública sujeta al Derecho administrativo...” (artículo 1).

Como se puede apreciar, dentro de esa definición del objeto de la jurisdicción se planteó que se evaluaría “la legalidad de **cualquier** conducta de la Administración Pública” en tanto esté “sujeta al Derecho administrativo” (ibid.).

No cabe duda, a mi juicio, que por los términos amplios en que se ha definido las conductas susceptibles de ser evaluadas desde el punto de vista legal en la vía contencioso administrativo, se encontrarían los actos administrativos automatizados, puesto que se

trataría de una conducta sujeta al Derecho administrativo, con la particular característica de que fue adoptada de modo automatizado.

Por otra parte, si bien el artículo 36 del CPCA, en su inciso c), alude a “los actos administrativos” como objeto de control, lo que podría considerarse que dejaría por fuera las “conductas automatizadas” de las administraciones públicas, lo cierto es que en el inciso f) se dejó establecido que también lo sería “Cualquier otra conducta sujeta al Derecho administrativo”, cláusula amplia que incluiría, sin lugar a dudas, los actos administrativos automatizados.

Para superar toda duda al respecto, basta con considerar que según el artículo 42.2.a) *ibid.*, es posible pretender “La declaración de disconformidad de la conducta administrativa con el ordenamiento jurídico y de todos los actos o las actuaciones conexas”. Como se observa, la noción utilizada en esa norma refiere a la “conducta administrativa” lo que englobaría sin dificultad alguna aquellas de naturaleza automatizada.

Cabe por ello concluir que, dentro del objeto de control de legalidad en la vía de lo contencioso administrativo, se encuentra incluida toda actividad administrativa automatizada que llegue a adoptarse por las administraciones públicas.

Ahora bien, admitida esa posibilidad, estimo de interés abordar algunas particularidades que tendrá el contencioso administrativo de control de conductas administrativas automatizadas.

La primera es la dificultad que podría tener llevar a cabo el test de legalidad con relación a actuaciones administrativas que son el producto de sistemas inteligentes que operan mediante algoritmos y lenguajes artificiales.

Esta situación ha sido objeto de análisis por la doctrina como lo he comentado ya. De la Sierra, por ejemplo, propone, con razón, que “se ha de reflexionar sobre la incorporación de profesionales procedentes de otras disciplinas en los órganos jurisdiccionales o bien el establecimiento de canales de comunicación institucionalizada efectivos, de modo que quien ejerce la función jurisdiccional pueda hacerlo apoyándose en conocimientos técnicos de otros profesionales, más allá de la intervención clásica de peritos en el proceso” (De la Sierra, 2019, con remisión a otros autores).

No cabe duda, se trata de un gran desafío que ha de asumirse con creatividad y atreviéndose a romper esquemas. La dificultad de evaluar la motivación de estas conductas proviene, en estos casos, no del análisis usual del contenido literal de los actos administrativos o del expediente administrativo. Proviene del análisis de lenguajes artificiales y algoritmos cuyo examen requiere de conocimientos más allá de los puramente jurídicos, lo que supone un ajuste operativo a lo interno de la jurisdicción, acudiéndose, quizá, a expertos informáticos del Organismo de Investigación Judicial que podrían coadyuvar en la labor jurisdiccional, sea para evaluar el sistema inteligente que produce la conducta sujeta a control o bien, para apreciar adecuadamente y conforme a las reglas de la sana crítica, la prueba pericial que se evacúe en el curso del proceso.

Aún más, la doctrina se cuestiona también, en ese sentido, “si la formación actual de los distintos agentes del proceso, de forma singular abogados y jueces, es la más adecuada para estos desafíos y si no resulta conveniente, en consecuencia, repensar este aspecto, tanto

desde la perspectiva de la formación inicial como del aprendizaje durante el ejercicio de la profesión...” (De la Sierra).

En efecto, los ejemplos que han venido destacándose en la doctrina permiten anticipar que los debates en torno a la legalidad de estas conductas podrían tomar desprevenidas a los distintos sujetos procesales.

Precisamente por ello, durante el año 2019, la Société de législation comparée y la Universidad de Leyden propusieron llevar a cabo un estudio mediante cuestionarios enviados a investigadores alemanes, ingleses, galeses, belgas, canadienses, chinos, daneses, estonios, franceses, noruegos, neerlandeses y norteamericanos. En el caso de Francia y los Países Bajos, participaron también jueces (Cluzel-Metayer).

Por medio del cuestionario, se recabó información sobre la experiencia en el control de legalidad de actuaciones automatizadas en todos esos países, generándose algunos hallazgos que interesa comentar a partir del estudio de Cluzel-Metayer (noviembre 2019).

Según expone la autora, precisamente en lo que a la prueba se refiere, la investigación dejó en evidencia que, dada la dificultad para las administraciones, la parte actora y los jueces de determinar la influencia del algoritmo en la decisión adoptada, “el recurso a expertos empieza a resultar indispensable” (Ibid., traducción libre del francés).

En ese sentido, la investigación generó otro hallazgo: en lo que se refiere a la prueba, a quién corresponde su carga, su admisibilidad y sus estándares, concluyéndose que “los estándares generales son aplicables” (Ibid, traducción libre del francés), es decir, no se pudo comprobar que existiera alguna particularidad, como podría ser entender que corresponde a la administración demostrar que el uso de algoritmos no genera sesgos discriminatorios o bien, la forma en que opera el sistema inteligente.

Otro dato de interés que arrojó la investigación es que la intensidad del control por parte del juez con relación a la decisión algorítmica es el mismo que el llevado a cabo con otro tipo de conductas administrativas. Es decir, no existe un trato particularizado.

No obstante, se reseña que se empiezan a manifestar ciertas voces que propugnan por una intensificación del control, como es el caso del expresidente y del actual Presidente de la sección administrativa del Consejo de Estado de los Países Bajos, quienes promueven la tesis de la necesidad de un control especialmente intenso, por parte del juez, a este tipo de conductas administrativas.

Según el mismo estudio, el test de legalidad usual muestra algunas tendencias marcadas que serán objeto de comentario en el siguiente apartado, siendo notable la referida problemática de la transparencia del algoritmo, es decir, del marcado interés en evaluar “las condiciones en que fue elaborado el acto”, cuestionándose para ello aspectos propios del control de la legalidad externa, como los de forma o procedimiento, lo que podría poner en evidencia vicios de legalidad interna, particularmente la motivación o errores manifiestos de derecho o de hecho.

Otro tema de interés que interesa cuestionarse con relación al test de legalidad de actos automatizados, se refiere a los que podrían ser los vicios usualmente examinados en la vía jurisdiccional. El tema fue abordado por Martín Delgado con especial precisión, por lo que es suficiente exponer sus conclusiones al respecto, las que comparto en un todo, sin

perjuicio de que haré mención, en el siguiente apartado, de casos reales reportados por Cluzel-Metayer.

Conforme a lo comentado líneas atrás, al igual que con los actos administrativos no automatizados, es posible que el debate se relacione tanto con aspectos de forma -legalidad interna- como de fondo -legalidad externa-.

Así, en lo que a aspectos de legalidad externa se refiere, en el caso de que se adopte una conducta automatizada sin contarse con autorización normativa expresa o careciéndose de aprobación de los concretos programas y aplicaciones empleados por el sistema inteligente por omisión del “...órgano que tiene encomendado el ejercicio de la competencia decisoria” (Martín Delgado, p. 382), se estaría frente a una vía de hecho.

Por otra parte, en el caso de que se haya adoptado una conducta administrativa automatizada en ausencia de publicidad idónea de los programas y aplicaciones empleados, se estaría frente a “una mera irregularidad formal que sólo dará lugar a invalidez de la actuación administrativa automatizada si causa indefensión al destinatario de la misma” (Ibid, p.383), lo que podría conectarse en nuestro medio, con la regla del artículo 223 de la LGAP.

Finalmente, deficiencias en la identificación y autenticación de documentos electrónicos en que se plasme el acto automatizado, “podría determinar la anulabilidad” por vulnerar las normas legales que exigen esas características (Ibid.).

Ahora bien, en lo que a vicios de fondo se refiere, el autor plantea el supuesto en que se produce un “error en la valoración efectuada por el sistema de información”.

En esos casos, a mi juicio no podría pensarse en una solución distinta que la que aporta el artículo 130.2 y 157 de la LGAP. Así, se estará frente a un vicio de nulidad absoluta, si el error produce la ausencia de motivo, por no ser tal y como se consideró a la hora de dictarse el acto administrativo automatizado, por ejemplo. Sin embargo, si el error no afecta alguno de los elementos sustanciales del acto conforme al régimen común, no causará su nulidad.

Ahora bien, queda abierto un flanco que sí no es propio de los actos administrativos convencionales. Tal y como lo expone con razón Martín Delgado, “resultaría incluso posible impugnar la propia configuración de un sistema de información si con ella no se están atendiendo los criterios de actuaciones legalmente establecidos, al entender que -aunque se trata de un acto puramente interno de la Administración inicialmente sin efectos jurídicos- determina el fondo del asunto al precondicionar al sistema informático en la adopción de su decisión final” (Ibid.).

En ese supuesto, a mi juicio, podría ser extrapolable la regla ordinaria establecida por el artículo 163.2 de la LGAP. Así, se consideraría como acto preparatorio la configuración del sistema, de modo que, si es posible entender que tiene efecto propio -como en efecto sucede, a mi juicio por inducir la decisión final de una determinada manera-, resultaría por sí misma impugnable tal y como lo ratifica el artículo 36 inciso c) del CPCA.

Por último, resta comentar un tema que aborda Martín Delgado: ¿podría incurrirse en desviación de poder al momento del dictado de un acto administrativo automatizado?

El cuestionamiento en el medio costarricense debe ser de especial interés considerando que la propia norma constitucional sobre la cual se cimienta la jurisdicción

contencioso administrativa, alude a ese vicio al señalar que “La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos”, lo que complementa la LGAP en su artículo 130.3 al disponer que “El dolo y la violencia viciarán el acto únicamente cuando constituyan desviación de poder”, así como en el artículo 131.3, conforme al cual, “la persecución de un fin distinto del principal, con detrimento de éste, será desviación de poder”, vicio que se excluye que se presente en el caso de “los actos reglados en cuanto a motivo y contenido” (Ley General de la Administración Pública, artículo 161).

Considerando ese marco normativo, podríamos indicar que en los casos en que los actos administrativos automatizados son adoptados en ejercicio de potestades regladas en cuanto a motivo y contenido, no será viable aducir el vicio de desviación de poder, en vista de lo dispuesto por el artículo 161 de la LGAP. Es decir, no encontramos acá ninguna regla diferente a la convencional.

Dicho esto es preciso abordar el supuesto en que el acto no tiene un motivo y contenido reglados, lo que nos conduce a cuestionarnos si en esos supuestos podría adoptarse un acto administrativo automatizado, es decir, en los casos en que media una decisión de contenido discrecional.

Al respecto, la posición mayoritaria de la doctrina (Cluzel-Metayer, Duclerq, citado por esta última autora. Uríos y Alamillo, citados por Martín Delgado) se inclina por admitir la conducta administrativa automatizada únicamente para supuestos en que se haya reglado la potestad, excluyéndose por ello en los casos en que exista margen de discrecionalidad.

De hecho, se estima que el uso típico de la IA por las administraciones públicas se relaciona con el dictado de actos de mero trámite o en procedimientos sencillos y con un espacio de acción acotado (Delgado García y Oliver Cuello; Cervantes, citados por Martín Delgado).

La tesis, sin embargo, resulta cuestionable en la medida en que los sistemas inteligentes bien podrían ponderar las variables propias de la discrecionalidad mediante herramientas informáticas que los predispongan a esa valoración.

En efecto, como lo explica con tino Martín Delgado, “no debe descartarse el uso de sistemas de información en el ejercicio de potestades discrecionales en las que la discrecionalidad sea de baja intensidad. Me estoy refiriendo, en concreto, a la discrecionalidad técnica. No es difícil parametrizar en estos casos” (pág. 369 y 370).

Se trata de supuestos en que el acto se adopta en ejercicio de “...una potestad administrativa discrecional cuando la libertad decisoria se concreta en criterios técnicos y no políticos” (Ibid.).

Dicho esto, corresponde cuestionarse si ¿es posible que se incurra en el vicio de desviación de poder mediante actos administrativos automatizados discrecionales?

En ese sentido, es pertinente aludir al criterio del mismo autor, el cual se comparte en un todo, para quien “No hay, pues, posibilidad alguna de desviación de poder electrónica, porque la máquina carece de voluntad propia y se limita a actuar en aplicación combinada de los parámetros introducidos por el órgano encargado de la gestión del sistema de información. No obstante, cuando esa «voluntad automatizada» esté viciada de origen por un diseño fraudulento de la aplicación informática procederá declarar la nulidad del acto administrativos automatizado por infracción del ordenamiento jurídico” (Ibid.).

En efecto, si bien el sistema inteligente no podría incurrir por sí mismo en ese vicio al generar la adopción de un acto administrativo automatizado, lo cierto es que sí podría presentarse dicha patología a la hora de diseñar la arquitectura del algoritmo, que bien podría generar sesgos y configurarse así, desde el diseño, la desviación de poder.

De algún modo, esa tesis nos lleva a la antes expuesta en torno a la impugnabilidad o inimpugnabilidad de los sistemas o de sus diseños, entendidos como actos preparatorios de carácter interno. La discusión debe resolverse señalando que, en el tanto induzcan a un vicio en alguno de los elementos sustanciales del acto final automatizado, serán efectivamente impugnables.

3.- Conductas automatizadas sometidas a control de legalidad: algunos casos emblemáticos

Como adelanté, a propósito de la investigación promovida por la Société de législation comparée y la Universidad de Leyden en el tema objeto de análisis en esta contribución, se identificaron algunos casos “emblemáticos” para utilizar la misma expresión de Cluzel-Metayer (op.cit).

A propósito de la recolección de información, se lograron identificar varios casos que permiten apreciar los que podrían llegar a ser los vicios usualmente examinados en los test de legalidad de los actos administrativos automatizados.

Ajustándome a la forma en que la autora abordó el análisis de estos precedentes comparados, de seguido sintetizaré los principales hallazgos de la investigación en comentario.

a.- La publicidad del algoritmo

La transparencia del algoritmo y de sus parámetros es un tema muy sensible en esta materia tal y como se ha venido señalando.

En efecto, la doctrina es conteste en considerar que el acceso a los criterios con que se ha diseñado el algoritmo es de vital importancia para evitar que “cajas negras” gobiernen las decisiones administrativas automatizadas, lo que haría imposible determinar la forma en que se ha predeterminado el acto final al diseñar el sistema.

Aún más, las exigencias de transparencia y acceso al código fuente de estos sistemas inteligentes ha sido ya garantizada en normativa de avanzada como la francesa, cuyo Código de relaciones entre el público y la administración, consagra en su artículo L.300-2, sin perjuicio de secretos protegidos por la misma legislación, el deber de publicar las reglas que definen los principales modelos algorítmicos utilizados en la prestación del servicio a su cargo al motivar actos administrativos concretos.

De este modo, es de esperar que en medios en los cuales no existe esa regla legalmente establecida o bien, cuando existe otra que la desaplica, se haya debido resolver cuestionamientos de legalidad por la ausencia de esa publicidad.

En efecto, en la muestra de casos concretos examinadas por Cluzel-Metayer, se menciona algunos que evidencian ese debate de legalidad.

Uno de los casos es el resuelto en mayo de 2018 por la Corte Suprema de los Países Bajos. El proceso se relacionó con un algoritmo mediante el cual se asignaban subsidios para el cuidado de menores. En el marco de ese proceso, surgió el cuestionamiento de si debía incluir dentro del deber de dar acceso los “documentos relativos al caso” previsto en la legislación procesal administrativa neerlandesa, la exigencia de dar a las partes acceso al algoritmo y los datos que lo alimentaban en el caso concreto. Es decir, si era exigible que se diera acceso al algoritmo y a la información procesada por éste para la toma de la decisión sujeta a examen.

En definitiva, la Corte resolvió que no podría exigirse el acceso al algoritmo ni a los datos procesados, pero esto debido a que no se podía considerar que ni el programa ni los datos tuvieran relación directa con el caso en concreto, lo que hizo que se eludiera así la definición de fondo.

Otro caso vinculado a este mismo debate de acceso al algoritmo y los datos procesados, se presentó en Francia. A pesar de la referida disposición legal contenida en el Código de relaciones entre el público y la Administración, así como una norma sectorial equivalente en materia tributaria, al resolver el caso el Consejo de Estado optó por una interpretación restrictiva de la normativa, reconociendo un acceso parcial a la información (CE, 4 mai 2018, SARL, Le complexe Le Lagon Bleu citado por Cluzel-Metayer).

La discusión se replicó en otro caso más mediático, también en Francia, relacionado con el algoritmo Parcoursup, utilizado para admitir entre 850 000 candidatos a estudios superiores. El debate surgió con motivo de la aplicación de una norma del Código de Educación que implicaba una derogación a las normas del Código de relaciones entre el público y la Administración que garantizan el acceso a los algoritmos y códigos fuente cuando son utilizados para la toma de una decisión administrativa.

La demanda se entabló por un sindicato de estudiantes debido a que una universidad negó el acceso al algoritmo utilizado para decidir la cuota de estudiantes que podía admitir. Al conocer el caso en casación, el Consejo de Estado consideró que la demanda no era procedente, dado que conforme a la normativa (Código de la Educación) solo era posible dar acceso a los criterios y modalidades del examen de admisión, así como a los motivos en que se fundó cada la decisión concreta, información que podría revelarse únicamente a los interesados directos (CE, 12 juin 2019, *Université des Antilles*, req. n° 427916 et 427919. Concl. P. FRESSOZ F. DIEU).

Lo cierto es que el debate no terminó allí. A propósito de otro proceso con idéntico objeto, el sindicato planteó la duda de constitucionalidad de la normativa del Código de la Educación que reducía el alcance de la publicidad del algoritmo, duda que consideró sería el Consejo de Estado, por lo que elevó al conocimiento del Consejo Constitucional la correspondiente consulta de constitucionalidad, por considerarse eventualmente restrictiva del acceso a la información.

Esa consulta dio lugar a la decisión del 3 de abril de 2020 del Consejo Constitucional mediante la cual se declaró la existencia de un derecho fundamental de acceso a la información administrativa con sustento en el artículo 15 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (Décision n° 2020-834 QPC du 3 avr. 2020, *Union nationale des étudiants de France*). Como resultado, en definitiva se obligó a dar publicidad a los criterios de apreciación considerados en los algoritmos utilizados por admitir

estudiantes universitarios, al considerarse inconstitucionales las restricciones de las normas legales cuestionadas.

El tema también había sido antes ya objeto de debate en los Estados Unidos de Norteamérica en el caso *Loomis v. Wisconsin*, resuelto por la Suprema Corte en 2017.

El caso se relaciona con el uso de un algoritmo denominado *Compas* (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*). Con base en dicho algoritmo, las autoridades penitenciarias valoran la posibilidad de adoptar medidas alternas a la prisión. Uno de los privados de libertad (*Loomis*) adujo que la denegación en su caso de una medida alterna a la prisión adoptada mediante el uso del algoritmo, le violaba su derecho a que se resolviera su situación con base en informaciones exactas.

La demanda, sin embargo, fue desestimada dado que la Corte consideró que era suficiente con tener acceso a las variables del algoritmo. Además, consideró que la data procesada fue el resultado de la evaluación o de un cuestionario que el propio demandante había respondido, así como de información de antecedentes judiciales conocidos, todo lo cual podía ser corroborado por el interesado. De este modo, se señaló que no debía reconocerse el derecho de tener acceso al algoritmo, argumentándose, también, que la administración penitenciaria no era su propietaria, sino una empresa privada contratada por lo que los algoritmos se encontraban protegidos como secretos industriales.

En suma, como se puede apreciar y lo concluye con razón *Cluzel-Metayer*, los avances en cuanto al derecho a la publicidad de los algoritmos “progresan de forma muy mesurada”.

b.- La fiscalización del algoritmo

Como derivación del referido Principio de Responsabilidad, *Sauvé* menciona la necesidad de que la IA esté sometida a mecanismos de control interno -a cargo de los productores y de quienes utilizan los algoritmos-, así como a un control externo a cargo de los destinatarios y los poderes públicos, entre ellos, el Poder Judicial por medio de la jurisdicción contencioso administrativa, en los casos en que son administraciones públicas las que aplican la IA.

Por su parte, como derivación del también aludido Principio de Transparencia, el mismo autor aludió a la necesidad de interpretarlo extensivamente, de modo que los algoritmos sean, además de públicos, inteligibles.

Precisamente con relación a esto último, según plantea *Cluzel-Metayer*, los procesos relacionados con la puesta en operación de algoritmos plantean dos distintos interrogantes.

El primero se relaciona con su “explicabilidad”, cualidad estrechamente vinculada a la tradicional exigencia de la motivación de los actos administrativos regulada, en el medio costarricense, en la LGAP.

El cuestionamiento deriva del debate de si un acto administrativo automatizado se entenderá motivado indicándose, únicamente, que se adoptó con la ayuda de un algoritmo o si debe explicar ¿cómo funciona ese algoritmo?

El tema, explica *Cluzel-Metayer*, se ha planteado ante el juez neerlandés y el francés, siendo tendencia el entendimiento de parte de los juzgadores de que, en tanto la decisión

adoptada finalmente dependa del algoritmo, existe un deber de la administración de dar explicaciones sobre la forma en que funciona.

En el caso francés, como se ha referido, el Conseil Constitutionnel ha sido protagonista de diversas decisiones. Precisamente, estableció la prohibición del uso de algoritmos inteligentes (machine learning) para la toma de decisiones administrativas concretas únicamente fundadas en aquellos, por el simple hecho de que no hay posibilidad de explicar su funcionamiento. No obstante, también admitió el uso, siempre que existan medidas suficientes para la “salvaguarda de los derechos y libertades”, entre ellas, la de poder explicar, detalladamente, a la persona interesada, la forma en que opera el algoritmo (Decisión No. 2018-765 DC, *Loi relative à la protection de données personnelles*).

Como bien señala Cluzel-Metayer, esta última exigencia podría terminar siendo simbólica, dada las conocidas dificultades de comprensión de procesos automatizados o de hacerlos comprensibles para el ser humano.

El enfoque del juez neerlandés que explica la misma autora, resultó coincidente en el caso del algoritmo Aerius utilizado para otorgar autorizaciones de usos de suelos en función de la deposición de nitrógeno como parte de un programa de impacto ambiental de estas emisiones. En el fallo adoptado por el Consejo de Estado neerlandés de 17 de mayo de 2017, se dispuso que, dada la incapacidad de la administración de explicar el funcionamiento del algoritmo, no podría determinarse su conformidad con el Ordenamiento Jurídico, por lo que no era legítima su utilización.

Otro caso examinado en los Países Bajos se relaciona con el algoritmo SyRI (System Risk Indication) utilizado para combatir el fraude en el pago de prestaciones sociales. Al resolverse la demanda que impugnó su uso por considerarlo discriminatorio, se estimó que, si bien el fin era legítimo, también lo era el deber de respetar un equilibrio con relación a los derechos fundamentales, cuyo “justo equilibrio” debe ser posible que sea controlado por el juez.

En definitiva, se censuró el uso de SyRI por no haberse dado publicidad al público ni haberse podido aportar a la Corte el modelo de riesgo y los indicadores que lo componían, lo que impide examinar que se esté guardando “justo equilibrio” entre el interés público y el interés privado.

Bibliografía

Abarca Montero, J. (2013). ¿Preparados para el E-government? Consideraciones en torno al procedimiento administrativo electrónico. *Revista Ars Boni et Aequi*, 9 (2), 173-212.

Bourcier, D. (2002). Capítulo 2 Inteligencia artificial aplicada al derecho en P. Casanovas (Ed), *Inteligencia Artificial y Derecho* (54-91). Editorial UOC.

Bourcier, D. (2002). Capítulo 4 La decisión artificial Aspectos jurídicos, éticos e institucionales, en P. Casanovas (Ed), *Inteligencia Artificial y Derecho* (134-189). Editorial UOC.

Cerrillo i Martínez, A. (2021). Robots, asistentes virtuales y automatización de las administraciones públicas. *Revista Galega de Administración Pública*, (61), 5-42.

Cerrillo i Martínez, A. (2020). ¿Son fiables las decisiones de las Administraciones Públicas adoptadas por algoritmos? *European Review of Digital Administration & Law*, 1(1-2 Junio-Diciembre), 17-36.

Cerrillo Martínez, A. y Velasco Rico, C. (Mayo, 2019). Jurisdicción, algoritmos e inteligencia artificial en F. López Ramón y J. Valero Torrijos (Coordinadores), *20 años de la Ley de lo Contencioso Administrativo: Actas del XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* (291-303). Instituto Nacional de Administración Pública.

Cluzel-Metayer, L. (22 de noviembre de 2019). *Le contrôle juridictionnel embryonnaire des processus décisionnels algorithmiques*. Simposio Action publique et numérique (Vol. 47, pp. 63-76). Collection Colloques.

Code des relation entre le public et l'administration, vigente a partir de 1 de enero de 2016.

Colcelli, V. y Burzagli, L. (2021). Elementos de una cultura europea de desarrollo de herramientas de inteligencia artificial: el *Libro blanco sobre la inteligencia artificial y las Directrices éticas para una IA fiable*. *Revista Justicia & Derecho*, 4 (2), 1-12.

Conseil Constitutionnel. Decisión No. 2018-765-DC, *Loi relative à la protection de données personnelles*.

Conseil Constitutionnel. Decisión No. 2019-796 DC de 27 de diciembre de 2019.

Conseil Constitutionnel. Decisión No. 2020-834-QPC de 3 de abril de 2020, *Union nationale des étudiants de France*.

Consejo de Estado, Países Bajos, sentencia de 17 de mayo de 2017.

Conseil d'Etat, 4 de mayo de 2018, SARL, *Le complexe Le Lagon Bleu*.

Conseil d'Etat, 12 de junio de 2019, *Université des Antilles*.

Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia del Consejo de Europa. Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno. 3-4 de diciembre de 2018, Estrasburgo.

Corvalán, J. (enero/abril 2018). Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades – Prometea: La primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia. *Revista de Investigações Constitucionais*, 5(1), 295-316.

De la Sierra, S. (marzo, 2020). Inteligencia artificial y justicia administrativa: una aproximación desde la teoría del control de la Administración Pública. *La Administración Al Día*. Recuperado de <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1510413> .

Domínguez Álvarez, J. (2021). Inteligencia artificial, derecho administrativo y protección de datos personales. Entre la dignidad de la persona y la eficacia administrativa. *Revista Ius et Scientia*, 7(1), 304-326.

Estonia se prepara para tener "jueces robot" basados en inteligencia artificial (12 de junio de 2019). The Technolowgist. Recuperado de <https://www.thetechnolawgist.com/2019/06/12/estonia-se-prepara-para-tener-jueces-robot-basados-en-inteligencia-artificial/> .

Hefter, K. (2022). Algorithmic safeguards for the people and by the people.[en línea] The Regulatory review. Recuperado de <https://www.theregreview.org/2022/01/26/hefter-algorithmic-safeguards-for-people-by-people/> .

Lacava, F. (2019). Acto Administrativo autonómico en el marco del Estado Social de Derecho. *Revista Argentina de Derecho Administrativo* [versión electrónica], Núm. 2, Junio 2019.

Ley Número 58/2003 de 17 de diciembre de 2003. Ley General Tributaria. Boletín Oficial del Estado Número 302 del 18 de diciembre de 2003.

Ley Número 11/2007 de 22 de junio de 2007. Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos. Boletín Oficial del Estado Número 150 del 23 de junio de 2007.

Ley Número 40/2015 del 01 de octubre del 2015. Ley del Régimen Jurídico del Sector Público. Boletín Oficial del Estado Número 236 del 02 de octubre de 2015.

Martín Delgado, I. (setiembre-diciembre, 2009). Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada. *Revista de Administración Pública*, (180), 353-386.

Milano Sánchez, A (2005), *El Principio precautorio. Fuente del Derecho Constitucional Ambiental*. San José, C.R.: Editorial Jurídica Continental.

Milano Sánchez, A. (2020). *A diez años del Código Procesal Contencioso Administrativo*. San José, C.R.: Programa Estado de la Nación.

Muñoz, R. (2020). *Inteligencia artificial y Derecho Administrativo: Un enfoque basado en derechos*. (1era Ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: IJ Editores.

Pécaut-Rivolier, L, Robin, S. (14 de abril de 2020), *Justice et intelligence artificielle, préparer demain, épisode I*. Recuperado de <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/justice-et-intelligence-artificielle-preparer-demain-episode-i#:~:text=Regards%20crois%C3%A9s%20d'une%20juriste,%C3%A9t%C3%A9%20s%C3%A9par%C3%A9%20en%20trois%20%C3%A9pisodes>

Ponce Solé, J. (abril, 2019). Inteligencia artificial, Derecho Administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico. *La Administración Al Día*. Recuperado de <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1509505> .

Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia, sentencia número 8108-2014.

Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia, sentencia número 8959-2020.

Sauvé, J-M, (20 de abril de 2018). *Le juge administratif et l'intelligence artificielle*, Conseil d'Etat. Recuperado de <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/le-juge-administratif-et-l-intelligence-artificielle>

Sierra Cadena, G. (09 de marzo de 2021). *La implementación de inteligencia artificial en el Consejo de Estado*. Legis Ámbito Jurídico. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/etcetera/tic/la-implementacion-de-inteligencia-artificial-en-el-consejo-de-estado> .

Vestri, G. (2021). La inteligencia artificial ante el desafío de la transparencia algorítmica. Una aproximación desde la perspectiva jurídico-administrativa. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (56), 368-398.

