

Control jurídico sobre decisiones algorítmicas de las Administraciones públicas

Andrés Fernando Ospina Garzón

Docente-investigador de la Universidad Externado de Colombia.

Magistrado auxiliar del Consejo de Estado de Colombia

“Errare humanum est, perseverare autem diabolicum”

SUMARIO. 1. Palabras introductorias. 2. Inteligencia artificial, derecho administrativo y eficacia. 3. Inteligencia artificial y derecho administrativo para las personas. 4. Conclusión. 5. Bibliografía.

1. Palabras introductorias

En un salón precioso del siglo XV de la Universidad de Ferrara, con murales originales afectados por el paso del tiempo y rodeado de libros antiguos de papel ya amarillento, se reunió la RAICA para hablar de inteligencia artificial (en adelante, IA) y derecho administrativo. Y no se trata de una ironía, sino del encuentro entre pasado y presente en la esencia misma del derecho administrativo moderno: controlar al poder público, independientemente de lo arcaico o sofisticado de los instrumentos de los que se valga para cumplir sus funciones o para dañar.

Se trata, entonces, de un asunto directamente ligado con la razón de ser del derecho administrativo y que pone a prueba su función: ¿es acaso el derecho administrativo un régimen jurídico concebido exclusivamente para fortalecer el poder público —eficacia, eficiencia—, o es un sistema orientado a la protección de los administrados? Esta red parece estar concebida para lo segundo, es decir, para que el control evite la arbitrariedad

administrativa. No obstante, el concepto de control es amplio y abarca también los mecanismos previstos para que la Administración sirva a la eficacia de la acción pública.

Durante esta discusión comparada, fue posible una primera constatación: en muchos países miembros de esta red son escasas las normas jurídicas destinadas a encuadrar el uso de la IA por parte de las Administraciones públicas y, en su lugar, se han formulado diversas políticas públicas mediante directivas gubernamentales. Y, aunque sea evidente que el derecho resulta de la política, de la valoración de la realidad, parece haber consenso entre los expertos participantes en que el estudio y la regulación de la IA no pueden quedarse en el nivel político, y en que corresponde al derecho asumir un papel mucho más protagónico, en una combinación conveniente entre *hard* y *soft law*.

Por ello, la elaboración de este cuestionario por parte de administrativistas es, en sí misma, un ejercicio de derecho administrativo, expresión de su esencia cambiante y adaptada a nuevos desafíos y realidades. Sin embargo, la irrupción de la IA en el derecho administrativo no es, en realidad, algo completamente nuevo, y este *momentum* se inscribe en una continuidad a la que sirve de impulso adicional. Se trata de un paso más en un esfuerzo histórico de la humanidad por luchar contra lo que la caracteriza: los errores humanos —*errare humanum est*—, y hacer que las decisiones sean objetivas, infalibles y previsibles, lo que contradice la esencia subjetiva, falible e imprevisible del ser humano.

Para luchar contra la imprevisibilidad humana y sus errores, el derecho administrativo intentó, en un primer momento, apostar por una programación legal de la actividad administrativa lo más precisa, completa y detallada posible, de modo que, en términos de Montesquieu, todo aquel que ejecuta la norma —no solo el juez— se convirtiera en boca de la ley. Los silogismos pretendieron entonces que administrar fuera una labor de simple subsunción legal. Ahora, gracias a la IA, se pretende que dicho ejercicio pueda ser programado y sin riesgo de error. En la evolución del silogismo al algoritmo hay una evolución en el mismo sentido, porque dudamos y desconfiamos del ser humano.

Pero el derecho construido exclusivamente con reglas, rígidas y siempre insuficientes, condenó a la Administración a la ineficiencia y a la ineficacia. Por ello, aunque con dificultades, reconocimos la necesidad de lo más humano en la labor de administrar: la discrecionalidad. Reaccionarios la llamaron el caballo de Troya por el que podía escapar el Estado de dere-

cho (o mejor, el Estado legal). Así, si frente a los desafíos que engendran los algoritmos reaccionamos también desde el miedo, a la IA podríamos denominarla un caballo de Troya más brillante y moderno, pero igualmente peligroso. Sin embargo, al igual que ocurrió con la discrecionalidad administrativa, resistirse al uso de la IA sería inútil; se necesita estudiarla y encuadrarla.

Ahora bien, existe una diferencia profunda entre la discrecionalidad y la IA: la discrecionalidad es humana, mientras que la IA forma parte de un esfuerzo por la deshumanización del poder. Es el resultado del eficientismo, que pretende optimizar los recursos superando los riesgos de las pasiones humanas y sus limitaciones. Con ella se satisface el deseo de predictibilidad, de evitar la maldad humana, de escapar de la variabilidad y del riesgo, como han estudiado los expertos en derecho de seguros. Pero ¿qué aburrido sería el ser humano y la vida sin cambios, sin sorpresas, sin maldad, sin decepciones! No obstante, la Administración pública no debe ser divertida, sino confiable, y en ello la IA puede ser un instrumento fundamental.

En este sentido, la IA puede contribuir a la seguridad jurídica por su matematicidad, aunque, llegado el caso, esa seguridad podría ser meramente aparente, y podríamos confundir uniformidad con certeza. Y en la medida en que se adviertan errores graves y reiterados del sistema, la idea de confiar ciegamente en la información que arroja la IA, más que en las decisiones humanas (sesgo de automatización), podría invertirse y generar más inseguridad, más desconfianza y un renovado reclamo de humanidad en las decisiones.

Estas reflexiones preliminares nos llevan a pensar que el uso de la IA podría provocar una nueva crisis en el derecho administrativo¹, ya sea por la inadaptación de su estructura y de sus instrumentos o, incluso, por una renuncia total a la programación legal de la acción administrativa en favor de una programación algorítmica. Si, por su etimología, la crisis es un momento decisivo de fin o de transformación, esta nueva crisis no significaría una catástrofe², sino la adaptación del principio de juridicidad a los nuevos retos que trae la IA.

1. De Laubadère (1952).

2. “Desde hace más de treinta años la crisis se convirtió, para la doctrina, en el modo privilegiado de describir el estado del derecho administrativo un punto que estaríamos tentados de decir: la crisis es la expresión misma del derecho administrativo. A pesar de que, a veces, la utilización de la expresión procede de una retórica fácil o traduce lo oscuro de ciertos análisis, hay que aceptar que la palabra sirve para evocar fenómenos cercanos al desorden”: Bienvenu (1986).

Se trata, entonces, de una distancia meramente aparente entre el derecho y la tecnología. Y si el derecho administrativo tiene esas dos funciones que se mencionaban más arriba —tanto el buen funcionamiento de la Administración como la protección de las personas frente al poder público—, cabe hacer algunas reflexiones en ese mismo orden: por una parte, acerca de los retos del derecho administrativo para la eficacia que plantea la IA y, por otra, sobre el derecho administrativo en relación con las personas.

2. Inteligencia artificial, derecho administrativo y eficacia

La preocupación clásica del derecho administrativo por el respeto de las escalas superiores del ordenamiento jurídico ha ido cambiando poco a poco, sin que ello signifique su abandono. En el Estado posmoderno, la exigencia clásica de validez se acompaña de una preocupación latente por la eficacia de la acción administrativa³. El Estado clásico confiaba en la suficiencia de sus poderes o prerrogativas para que sus decisiones pudieran ser cumplidas. Por su parte, el Estado posmoderno se caracteriza por la puesta en duda de la pertinencia, utilidad, conveniencia y efectividad de la exorbitancia de la acción administrativa. En muchos contextos, las prerrogativas del poder público son percibidas como un defecto. De esta manera, el Estado comenzó a renegar de sus poderes, de aquello que tradicionalmente constituía una ventaja y lo caracterizaba. Ahora, este proceso se ve acompañado por la automatización de las decisiones administrativas como una forma de recuperar imagen y legitimidad a través de la eficacia y la eficiencia.

En este contexto, en la búsqueda de eficacia y eficiencia administrativa, la Administración debe recurrir a las mejores técnicas, tanto en decisiones automatizadas o semiautomatizadas, como en aquellas adoptadas por medios tradicionales, pero en las que incluso la IA participa en la instrucción del asunto. Así, en esta discusión se advirtió cómo la IA puede potenciar la participación democrática en la toma de decisiones administrativas, al facilitarla e incentivarla, así como el control de lo público; aunque, según su configuración y uso, puede generar el efecto contrario, al producir en la sociedad la sensación de que sus opiniones son irrelevantes en la toma de decisiones. Se destacó cómo la IA puede facilitar el acceso a los datos, su conteo y análisis y, por ejemplo, la experta de Brasil señaló cómo este instrumento se utiliza para detectar rápidamente epidemias y, por esta vía, tomar decisiones más rápidas y adaptadas a la realidad. En términos generales, varios expertos destacaron cómo la IA contribuye a una planificación

3. Ospina Garzón (2017).

administrativa adecuada, porque mejora la anticipación frente a los problemas que debe afrontar la Administración pública. En palabras de uno de ellos: “sin la IA, muchas cosas no se lograrían o se harían mal”.

Pero la utilidad indiscutible de la IA no puede justificar que esta se convierta en un espacio ajeno al derecho y, en particular, al derecho administrativo. Por eso, así como en el Estado de derecho se regulan jurídicamente los poderes de los que dispone la Administración y los procedimientos para la adopción de decisiones administrativas, resulta imprescindible que se encuadre jurídicamente —y no solo mediante políticas públicas— el recurso a la IA para la toma de decisiones administrativas.

En esta misma lógica de preocupación por la eficacia administrativa, resulta imprescindible atender también a la IA concebida y utilizada para eludir la acción fiscalizadora del Estado, para controvertir actos administrativos o encontrarles vacíos o vicios; es decir, al uso de la IA para escapar del control de la Administración. Se trata de preguntarse por una cierta igualdad de armas, cuando la IA utilizada en lo público deba responder a parámetros éticos y procedimentales reforzados, mientras que la IA de los destinatarios de la acción administrativa recurre a este instrumento sin ningún tipo de exigencia procedimental o ética, ni control por parte de una jurisdicción, como la contencioso-administrativa.

La regulación jurídica de la IA a través del derecho administrativo enfrenta un desafío particular cuando la toma de decisiones se terceriza y se confía a particulares, con las ventajas y los riesgos que ello implica. La participación de particulares en la actividad administrativa no es, en sí misma, una novedad y, frente a ello, el derecho administrativo ha desarrollado instrumentos para garantizar la juridicidad de la actuación y la responsabilidad de los particulares. Sin embargo, en este caso existe una dificultad mayor si se tiene en cuenta que, por lo general, la IA es adquirida o gestionada por poderosas multinacionales tecnológicas. Este desafío concierne a la negociación de dichos contratos, en pro de permitir los controles propios del derecho administrativo.

Finalmente, no debe pasarse por alto que la eficacia no es un juicio meramente numérico, sino también valorativo. Por ello, la toma de decisiones con vocación de eficacia requiere adaptación, matices y consideraciones caso por caso. No hay que perder de vista que la valoración de la realidad, la justicia y la proporcionalidad de la medida son procesos humanos. En este sentido, el experto español señaló que la IA debe concebirse únicamente como un instrumento para la toma de decisiones, pero que no

resultaría conveniente automatizar por completo el proceso, ya que la IA se muestra incapaz de realizar juicios de valor y la valoración no es un dato parametrizable. En este contexto, resulta razonable la prohibición alemana de utilizar la IA para la toma de decisiones cuya competencia involucre discrecionalidad. Sin embargo, dicha prohibición no es absoluta, pues la misma norma prevé una excepción: “salvo ley especial”. La evolución de la IA es tan rápida que parece ilusorio pensar que nunca extenderá su uso a competencias discrecionales, considerando que la discrecionalidad no abarca el capricho y que los criterios que deben tenerse en cuenta para su ejercicio, así como la vinculación a los precedentes, podrían convertirse en datos programables.

Ahora bien, si el derecho administrativo busca concebir los poderes de la Administración dentro del derecho, en pro de la eficacia de la acción administrativa, no debe olvidarse su otro fin esencial: la protección de los derechos de las personas.

3. Inteligencia artificial y derecho administrativo para las personas

Parece evidente que el uso de la IA en la actividad administrativa genera riesgos importantes, fundamentalmente para la dignidad humana, mandato de optimización transversal no únicamente predicable del derecho administrativo. Los riesgos son diversos, incluidos los de discriminación, uso inseguro de datos personales y sensibles por parte de empresas privadas, y la falta de consideración de la individualidad o peculiaridad del ser humano en la toma de decisiones. Frente a ello, un tema fundamental de discusión consiste en determinar si la participación de un ser humano en la toma de la decisión es una exigencia imprescindible en favor de la dignidad humana, aunque, de nuevo, seamos conscientes de la falibilidad humana y de que la condición de ser humano no garantiza por sí sola bondad, capacidad e inteligencia. A este respecto, resulta especialmente interesante la decisión del Consejo Constitucional francés dictada en 2018, que prohibió el uso de algoritmos de autoaprendizaje en decisiones completamente automatizadas (sin valoración humana), y el experto francés recomendó ampliar esta garantía a las decisiones parcialmente automatizadas.

Pero el derecho administrativo enfrenta los riesgos a través del control, mediante mecanismos tanto administrativos como jurisdiccionales. En cuanto a los mecanismos administrativos de control, la discusión planteó la necesidad de que existan autoridades administrativas de regulación, como es el caso de la Agencia Chilena de Protección de Datos Personales, que dicta instrucciones sobre el uso adecuado de la IA en relación con los

datos personales y sanciona las infracciones que se cometen. El experto colombiano indicó que uno de los proyectos de ley que cursan en Colombia prevé la creación de una autoridad regulatoria de la IA. Sin embargo, no debe perderse de vista que la IA es producida por multinacionales, por lo que se hace indispensable la colaboración internacional, tal como propugró la ONU en su Resolución de Asamblea de 1 de julio de 2024.

En relación con los mecanismos jurisdiccionales de control, este encuentro de la RAICA planteó dos visiones antagónicas: por una parte, la de quienes consideran que el control judicial de los actos administrativos que involucren IA en su producción es idéntico al que se ejerce respecto de cualquier acto administrativo, con los mismos mecanismos y de la misma manera. El experto español señaló que en el acto administrativo casi nunca se deja constancia de la utilización de IA en su elaboración. Por otra parte, algunos expertos, como el argentino, defendieron la necesidad de matizar la regla de la justicia rogada del control, para reforzar los poderes del juez frente a estos actos administrativos e, incluso, propusieron la inversión de la carga de la prueba en estos casos. Queda pendiente discutir si la intensidad del control jurisdiccional de estos actos administrativos debe variar respecto del control ordinario. Deberían, como mínimo, tenerse en cuenta dos criterios distintos que, según el caso, exigen un control más o menos riguroso: la deferencia judicial respecto de decisiones técnicas y tecnológicas —lo que podría reducir la intensidad del control— y, por otro lado, los riesgos que la IA puede generar para los derechos de las personas —lo que exige un control reforzado—. En la tensión entre estos dos criterios debe graduarse adecuadamente la intensidad del control⁴.

La protección adecuada de las personas frente a la IA debe conducir también al reconocimiento de nuevos derechos humanos que, en su ejercicio, constituyan garantías exigibles y, por tanto, límites a este instrumento. A este respecto, el experto español destacó que la Carta de Derechos Digitales no tiene valor normativo. La experta brasileña señaló que, en su país, existe un derecho ciudadano a comprender los criterios utilizados en la adopción de actos administrativos automatizados, mientras que el experto español añadió que, en la Comunidad Valenciana, se ha previsto un registro público de algoritmos.

En cuanto a la transparencia algorítmica, entendida como el derecho humano de acceder a los algoritmos, esta discusión mostró dos visiones: la del experto español, para quien no resulta necesario conocer si en la pro-

4. Ospina Garzón (2022).

ducción del acto administrativo se utilizó o no la IA, ya que, en todo caso, los vicios de validez son los mismos; y la de la experta francesa, quien explicó que en su país es posible impugnar un acto administrativo por falta de información sobre la forma en que se adoptó. En el mismo sentido, resulta interesante el ejemplo dado por el experto chileno, quien indicó que es posible anular un acto administrativo por infundado, confuso o incomprensible, lo que podría abarcar los actos administrativos producidos mediante IA. Ahora bien, el derecho a conocer los algoritmos debe acompañarse de una exigencia de accesibilidad real de la información: de nada sirve abrir la “caja negra” si no se comprende su contenido. Por ello, resulta relevante la exigencia formulada por la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia T-067 de 2025, en el sentido de que no es necesario comunicar el código fuente, sino explicar claramente su funcionamiento.

Finalmente, debe discutirse la pertinencia de reconocer un derecho humano a un humano, es decir, a que la decisión no sea completamente producida mediante IA. Por ejemplo, en el derecho brasileño, la ley de protección de datos prevé el derecho a que una decisión adoptada mediante IA sea revisada por una persona, aunque la prohibición inicial de decisiones totalmente automatizadas fue vetada por el presidente. En España, en la Comunidad Valenciana, se reconoce el derecho a no ser objeto de decisiones basadas únicamente en tratamiento automatizado, mientras que en Galicia se exige intervención humana en la mayoría de los casos. En Chile, aunque una resolución del Consejo de Transparencia autoriza que la IA incluso sustituya la decisión de una persona, existe consenso en que la automatización total afecta derechos humanos; por ello, se tramita un proyecto de ley que la prohíbe. En este país también se reconoce el derecho de las personas a oponerse a decisiones completamente automatizadas en lo relativo al uso de datos personales y a exigir intervención humana. En Francia, aunque se permite la adopción de decisiones totalmente automatizadas, se prohíbe el uso de *software* de autoaprendizaje o algoritmos autoprogramables.

En definitiva, el reconocimiento de derechos humanos frente al uso de la IA es una forma no solo de contener el instrumento y evitar su uso arbitrario, sino también de apaciguar los temores humanos frente a una herramienta poderosa, novedosa y aún poco comprendida. De eso se trata el derecho: de reivindicaciones, exigencias y luchas sociales, pero también de tranquilizar la condición humana al imponer límites y contornos al poder y a los poderosos.

4. Conclusión

El uso de la IA podría estar planteando un desafío general al derecho administrativo en relación con su identidad o, más ampliamente, al derecho público, al punto de transformar su rol, su esencia y su definición. Si el derecho administrativo tiene por finalidad proteger frente al poder —frente al *Leviatán*—, ¿acaso ese *Leviatán* ya no proviene necesariamente del Estado, sino también de los particulares que emplean instrumentos de IA? Si la IA utilizada es la misma, y no varía según sea empleada en el sector público o en el privado, cabe preguntarse si se justifica una regulación diferenciada desde ramas distintas del derecho.

Este momento que vivimos está transformando los conceptos tradicionales y rompiendo los límites clásicos. Estamos empezando a cuestionar, aunque no del todo, la idea de que el derecho es una ciencia social, una ciencia encuadrada dentro de las humanidades. Sin embargo, la irrupción de las frías matemáticas y de los algoritmos que permiten “programar” en una ciencia social no puede hacernos perder el norte: el derecho debe seguir siendo una ciencia social, una ciencia de valores, de sensibilidades, de excepciones, de conmoverse... incluso, de equivocarse y corregir. Aquí parece encontrarse el desafío que debe afrontar en estos momentos aquello que nos une, más allá de las nacionalidades y las lenguas: la fe en las virtudes del derecho administrativo para una mejor sociedad. Finalmente, no puede olvidarse la frase de Martin Ibler, pronunciada en este encuentro de Ferrara, que invita a seguir confiando en la perfectibilidad del ser humano y de sus creaciones, incluido el derecho: “Si el juez se equivoca porque tiene hambre, hay que darle de comer, no reemplazarlo por una IA”.

5. Bibliografía

- Bienvenu, J. J. (1986). Le droit administratif : une crise sans catastrophe. *Droits*, 4, 93 y ss.
- De Laubadère, A. (1952). Réflexions sur la crise du droit administratif. *Dalloz*, I, 5 y ss.
- Ospina Garzón, A. F. (2017). La eficacia en el derecho administrativo colombiano: de advenediza a reina. Reflexiones a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann. En J. O. Santofimio Gamboa, J. Barnés Vázquez y M. L. Ibagón Ibagón (eds.). *Perspectivas de una reforma. Estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann* (pp. 35-74). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ospina Garzón, A. F. (2022). La intensidad del control judicial de la JCA: un paso más en la construcción de las técnicas del contencioso administrativo jurisdiccional. En A. F. Ospina Garzón (ed.). *Horizontes del Contencioso Administrativo* (tomo II, vol. 2 – El contencioso administrativo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pp. 353-400). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.