

## APLICACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA LEY: ¿LEGALIDAD Y/O PRACTICABILIDAD?

ADMINISTRATIVE IMPLEMENTATION OF THE LAW: LEGALITY  
AND/OR PRACTICABILITY?

Luciano PAREJO ALFONSO

Catedrático Emérito de Derecho Administrativo

Universidad Carlos III de Madrid

<https://orcid.org/0000-0002-6689-0734>

Fecha de recepción del artículo: octubre 2021

Fecha de aceptación y versión final: noviembre 2021

### RESUMEN

*En este trabajo se aborda el fenómeno de la posible distorsión por la Administración del proceso de aplicación, según su lógica general, de la ley parlamentaria, bien por la interposición de circulares, instrucciones u órdenes de servicio, bien por la automatización, con empleo de un algoritmo, del proceso aplicativo. Tras la identificación del alcance de la eventual distorsión y su justificación en la practicabilidad de la ejecución administrativa, se analiza la posible contradicción de esta con requerimientos básicos del Estado de derecho, desechando que constituyan obstáculos infranqueables para su efectivo juego y su relevancia como principio capaz de modular, aunque en modo alguno enervar o anular, el principio de legalidad de la ejecución administrativa, ni, por tanto, la vinculación a la ley.*

*Palabras clave: aplicación administrativa de la ley, vinculación a la ley del poder público administrativo, uniformización y automatización de la aplicación, principio de legalidad, principio de eficacia, principio de practicabilidad.*

### ABSTRACT

*This paper deals with the phenomenon of the possible distortion by the Administration of the application process, according to its general logic, of*

*the Parliamentary Law, either by the interposition of circulars, instructions or service orders, or by the automation, with the use of an algorithm, of the application process. After identifying the scope of the possible distortion and its justification in the practicability of administrative enforcement, the possible contradiction of this with the basic requirements of the Rule of Law is analysed, ruling out any insurmountable obstacles to its effective play and its relevance as a principle capable of modulating, although in no way enervating or annulling, the principle of legality of administrative enforcement, nor, therefore, the binding to the Law.*

*Keywords: administrative application of the Law, binding the administrative public authority to the Law, standardisation and automation of application, principle of legality, principle of effectiveness, principle of practicability.*

**SUMARIO: I. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA LEY POR LA ADMINISTRACIÓN. II. INTERFERENCIA ADMINISTRATIVA EN EL PROCESO APLICATIVO; SUS PRINCIPALES MANIFESTACIONES. 1. Finalidades y mecanismos. 2. Prefiguración administrativa, por medios convencionales, del proceso de aplicación de la norma.. 3. Automatización, con empleo de algoritmos, del proceso. III. LÓGICA GENERAL DE LA APLICACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA LEY; SU EVENTUAL DISTORSIÓN. IV. JUSTIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA INTERFERENCIAL: INEVITABILIDAD POR RAZÓN DE PRACTICABILIDAD. V. CONSTITUCIONALIDAD DE LA MODULACIÓN, POR LA PRACTICABILIDAD, DE LA LEGALIDAD DE LA EJECUCIÓN ADMINISTRATIVA APLICATIVA. 1. Carácter no obstructivo, de modo concluyente, de los requerimientos constitucionales básicos del Estado de derecho. 1.1. Principio y derecho de igualdad ante la ley. 1.2. Procedimiento debido. 1.3. Publicidad y audiencia. 2. Relevancia constitucional y no oposición a la legalidad de la practicabilidad de la ejecución administrativa. BIBLIOGRAFÍA.**

## I. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA LEY POR LA ADMINISTRACIÓN

El principio de legalidad, en el sentido de sometimiento pleno a la ley parlamentaria, deriva de la división funcional del poder entre el legislativo y el ejecutivo y postula, en principio, la reducción del desarrollo por el segundo, bajo veste administrativa, de su función propia a una actividad cumplida en línea de mera continuación con la norma legal y para la plena efectividad de la misma o, lo que es lo mismo, en términos de su estricta concreción en el caso. Esto es así desde luego en la programación normativa condicional tradicional, de densidad plena (con su fijación de supuestos de hecho y de sus correspondientes consecuencias legales), en cuanto atributiva, por definición, de potestades administrativas regladas a ejercer observando el pertinente procedimiento para la producción de decisiones o actos dotados de eficacia jurídica (resoluciones); dicho de otra forma: el de una programación normativa, que da lugar a una actividad limitada a la aplicación, vía interpretación practicada con método jurídico, en cada caso concreto debidamente individualizado y para su subsunción en el supuesto legal pertinente. Pues opera en tal programación la presunción de que la norma (en lo que aquí interesa, la ley parlamentaria<sup>1</sup>) predetermina completamente el proceso de aplicación y, por tanto, su resultado, es decir, gobierna de modo efectivo la ejecución desde la pretensión de que sus previsiones sean efectivas en sus propios términos.

El hecho de que, en su evolución hasta hoy, tanto la legislación, como –consecuentemente– la ejecución hayan desbordado con mucho el esquema aludido, no borra la inercia pertinaz de este, ni, en todo caso, que siga siendo válido para la ejecución administrativa puramente aplicativa de la normativa correspondiente. Esa inercia contribuye a explicar la de la persistencia de la mirada esencialmente

---

<sup>1</sup> El presente trabajo circunscribe su objeto a la aplicación administrativa directa de la ley parlamentaria. Aunque las disposiciones administrativas de carácter general (normas reglamentarias) pueden intercalarse en el proceso aplicativo de dicha ley e introducir mecanismos de racionalización del mismo de efectos si no idénticos, al menos, análogos a los que son aquí objeto de estudio, las cuestiones que ello suscita se inscriben en la lógica de la relación de colaboración Ley-Reglamento o, al menos, la mediatizan, por lo que su consideración aquí enturbiaría o desbordaría la cuestión cuyo análisis se lleva a cabo.

retrospectiva del Derecho administrativo en tanto que centrada en el control (típicamente el judicial) y, por tanto, en la suposición de la posibilidad de completa y fiel reproducción en este, también mediante el método jurídico, de la decisión administrativa y su valoración desde el criterio justamente de la legalidad.

El punto débil de este planteamiento radica en la restricción de la contemplación de la administración (en su doble dimensión de sujeto y actividad) en el plano del deber ser, desechando como irrelevante jurídicamente –como condición de la construcción dogmática del Derecho administrativo– cualquier elemento de la realidad práctica o del ser real del administrar (realidad entregada sustancialmente, así, a la ciencia de la Administración). Y es débil, porque la praxis de la administración no se deja encajar limpiamente en él, poniendo en cuestión su vinculación, sin concesión alguna, a la voluntad del legislador parlamentario. La realidad misma impone límites, en efecto, a la eficacia plena o total, sin distorsión de clase alguna, de dicha voluntad (como sin más pone de relieve la deficiente aplicación de la legislación sobre atención en situaciones de dependencia). Y ello, porque, por de pronto, es usual que el legislador no considere en absoluto o, al menos, de modo suficiente, las condiciones en que deben hacerse efectivas sus previsiones, pero, sobre todo, porque, en particular y en lo que aquí más interesa, suele prescindir de la adecuación y capacidad de la Administración, que –por su organización y medios personales, materiales y económicos– no pueden darse por supuestas, toda vez que la idoneidad de la organización depende de la materia en que deba producirse la tarea aplicativa y las características de esta y la capacidad de aquella organización no es en ningún caso ilimitada.

El alcance y la complejidad mayores, hoy, de la ejecución administrativa no implica, pues, desaparición de la nuclear meramente aplicativa (en los términos expuestos), por lo que no eximen del análisis de la cuestión que esta suscita: la de si, en realidad, es plenamente obediente al legislador parlamentario, es decir, si verdaderamente se atiende, en cada caso, al supuesto legal pertinente, o, por el contrario, deforma o, incluso, transforma este por propio imperio, modulando, así, el principio de legalidad y dando lugar a lo que, en su momento, N. Luhmann (1964: 304-314) denominó «ilegalidad útil». Es esta una cuestión a la que la doctrina no ha dedicado, ni dedica, toda la

atención que merece, pero a la que, sin embargo, J. Isensee (1976) dedicó, ya en los años setenta del pasado Siglo, su esclarecedor trabajo de habilitación, poniendo de relieve la tensión entre legalidad y practicabilidad en la aplicación administrativa de las normas.

## II. INTERFERENCIA ADMINISTRATIVA EN EL PROCESO APLICATIVO; SUS PRINCIPALES MANIFESTACIONES

### 1. Finalidades y mecanismos

En la práctica, en efecto, la Administración puede intercalar entre la ley (el supuesto legal a aplicar) y la realidad (el caso fáctico), sobre todo en algunas materias, un supuesto tipo de confección propia para facilitar la identificación de los elementos relevantes del hecho o hechos a considerar. Lo que quiere decir: encastra en una horma o un programa informático (y no directamente en la norma aplicada) las manifestaciones de la realidad, renunciando, por tanto, al en principio exigible agotamiento —en el proceso interpretativo inherente a la aplicación y con el fin de facilitar esta— del potencial de diferenciación de la norma, es decir, del supuesto que esta define. Este modo de proceder, que constituye simplemente un fenómeno de la realidad administrativa, parece poder reconducirse a dos finalidades:

- a) De un lado, la inducción de uniformidad en la ejecución de la ley, favorecedora de al menos una apariencia de cumplimiento del mandato constitucional de igualdad ante la ley, sobre la base de la concesión de una menor importancia al riesgo de distorsión, por reduccionismo, de las previsiones normativas que al de divergencia, en la *praxis*, de las decisiones administrativas.
- b) Y, de otro lado y de modo más significativo y específico, la descarga del aplicador<sup>2</sup>, especialmente en las materias en las que la norma, por referirse a una gran multiplicidad de hechos reales, suscita numerosos asuntos análogos y repetitivos, que obligan a su

---

<sup>2</sup> Debe rechazarse, por superficial, la fácil imputación de este fenómeno a una tendencia burocrática a la rutina y el aligeramiento en la mayor medida posible de la carga de trabajo y de la dificultad de este mismo. Las causas deben buscarse más bien en la no inusual prescindencia por parte de la programación normativa de la potencia real de la Administración destinataria para cumplir las tareas que contempla.

tratamiento en masa (o lo permiten)<sup>3</sup>, es decir, en aquellas en que puede jugar la convergencia en el promedio de las probabilidades que implica la ley de los grandes números.

Nótese que esta finalidad de descarga incide en el análisis de la realidad fáctica del caso, relevando –en el momento de la aplicación– solo de las dificultades que tal análisis puede comportar por la singularidad del supuesto fáctico real. Es en el plano de los hechos donde, en efecto, existe mayor posibilidad de errar (o, lo que es igual, de divergir) y es, por tanto, más dispensable el error (la divergencia). Así está advertido nada menos que desde el Digesto (y sus glosadores medievales): «In omni parte error in iure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debet, cum ius finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallit».

Una y otra de estas finalidades se consiguen vía estandarización de la actividad administrativa mediante la esquematización o simplificación de la premisa rectora de la subsunción, que, al propio tiempo que promete una mayor igualdad de trato (uniformidad), ofrece un incremento de la agilidad y la eficacia administrativas justamente gracias al desconocimiento del mandato de tratamiento diferenciado de los supuestos reales inscritos en el supuesto legal.

## *2. Prefiguración administrativa, por medios convencionales, del proceso de aplicación de la norma*

El instrumento más idóneo y a la mano (aunque no único), para alcanzar los expresados fines ha sido y sigue siendo, en la administración analógica, el dictado de disposiciones interpretativas, instrucciones u órdenes de servicio, pero también el establecimiento de criterios comunes<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Incidentalmente procede señalar que el fenómeno no es exclusivo de la aplicación administrativa, dándose también –aunque bajo forma específica– en el control judicial. Baste con remitir a las fórmulas establecidas en los arts. 110 y 111 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante LJCA).

<sup>4</sup> El art. 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (en adelante LRJSP) habilita con carácter general a los órganos administrativos para dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio. El art. 71.4 del mismo texto legal ordena que los servicios territoriales

Es lógico que este modo de proceder, siendo teóricamente posible en cualquier ramo<sup>5</sup>, encuentre su arquetipo en el ámbito tributario<sup>6</sup>. No constituye desde luego una novedad, pero se ha visto enormemente potenciado, más recientemente (como ejemplifica, de

---

actúen de acuerdo con las instrucciones técnicas y criterios operativos establecidos por el Ministerio competente por razón de la materia. Y el posterior art. 79.1 atribuye a la Comisión Territorial de Asistencia al Delegado del Gobierno: i) la coordinación de las actuaciones que hayan de ejecutarse de forma homogénea para asegurar el cumplimiento de los objetivos generales fijados por el Gobierno a los servicios territoriales; y ii) la homogeneización del desarrollo de las políticas públicas en su ámbito territorial mediante la fijación de criterios comunes de actuación compatibles con las instrucciones y objetivos de los respectivos departamentos ministeriales.

<sup>5</sup> Como desde luego en el prestacional. Así, en la gestión y administración de la Seguridad Social, pues el art. 66.1 del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, estimula que se efectúen, bajo la dirección y tutela de los respectivos departamentos ministeriales, con sujeción a los principios de simplificación, racionalización, economía de costes, solidaridad financiera y unidad de caja, eficacia social y descentralización. También en la gestión del sistema atención a las personas dependientes, pues el Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, unifica y precisa –en desarrollo de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre– las prestaciones y los servicios con la finalidad de ordenar, simplificar y actualizar la normativa por grados y niveles, intensidades (por horquillas de horas semanales o mensuales) y prevé su concreción por las Administraciones autonómicas.

<sup>6</sup> La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, habilita al Ministerio de Hacienda y otros órganos de la Agencia Tributaria para: a) dictar disposiciones interpretativas o aclaratorias de obligado cumplimiento por la propia Administración y, en especial, los órganos encargados de la aplicación de los tributos (art. 12.3); b) contestar a las consultas tributarias escritas con efectos vinculantes para los órganos y entidades de la Administración tributaria encargados de la aplicación de los tributos (mientras no se modifique la legislación o la jurisprudencia aplicables) en su relación con el consultante, así como para aplicar los criterios contenidos en dichas consultas a cualquier otro obligado, siempre que exista identidad entre los hechos y circunstancias de este último y los que se incluyan en la contestación a la consulta (art. 89). Y establece, significativamente, la no exigencia de responsabilidad por infracción tributaria si el obligado tributario ajusta su actuación a los criterios manifestados por la Administración en la contestación a una consulta formulada por otro obligado, siempre que entre sus circunstancias y las mencionadas en la contestación a la consulta exista una igualdad sustancial que permita entender aplicables dichos criterios y estos no hayan sido modificados (art. 179.2).

A escala autonómica, la Orden 9/2018, de 10 de enero, de la Consejería de Hacienda de Castilla-La Mancha, por ejemplo, es muy clara al respecto, al disponer (arts.1.3 y 3.2) que corresponde a los órganos de la Administración tributaria «... dictar criterios de actuación ...» y que las Oficinas liquidadoras de distrito

nuevo, la materia tributaria<sup>7</sup>), por las posibilidades que ofrece el desarrollo automatizado de procesos gracias al progreso experimentado por la inteligencia artificial<sup>8</sup>. Pues esa automatización induce, si es que no fuerza, la esquematización (que es una operación previa a la aplicación) como condición de idoneidad para, incluso, la toma de decisiones. Lo que, según de nuevo N. Luhmann (1966: 141 y ss) requiere, en efecto, reducción de la complejidad, pues –como había señalado ya K. Zeidler (1959: 27)– la máquina solo puede resolver procesos administrativos «confeccionables»<sup>9</sup>. Lo cual puede suceder incluso en materias que, en principio, pudiera pensarse poco aptas al efecto, cual sucede con la de sanción de infracciones administrativas y, concretamente y como ejemplo, con la imposición de multas de tráfico. Por más que en la regulación establecida por la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial<sup>10</sup> no haya nada que la destaque del tipo de regulación convencional, lo cierto es que –tras la creación por Orden INT/2035/2007, de 2 de julio, del Centro de Tratamiento de Denuncias Automatizadas– se ha producido, al menos respecto de las infracciones detectadas por medios técnicos (captación y reproducción de imágenes), un tratamiento automatizado de procedimientos para su agilización y eficacia, con centralización del mismo (salvo en el territorio de las comunidades autónomas con competencias transferidas en la materia) en el referido Centro, incluso hasta el dictado de resolución<sup>11</sup>.

---

hipotecario deben ejercer la función de aplicación de los tributos «... con sujeción a los criterios instrucciones y directrices dictados...» al efecto.

<sup>7</sup> Materia, en la que se acredita, además, que la esquematización o estandarización en supuestos tipo puede tener repercusión, preparándolo o facilitándolo, sobre el tratamiento automatizado.

<sup>8</sup> Sobre el fenómeno, tempranamente y con énfasis en el terreno jurisprudencial, previniendo frente a un excesivo optimismo-maquinista, T. R. Fernández Rodríguez (1971), y, recientemente, J. Ponce Solé (2019),

<sup>9</sup> Por ello, J. Isensee (1976: 19)) señala que, cuanto más factible sea la estandarización del proceso de trabajo individual y cuanto mayor sea la probabilidad de que estos procesos se repitan, tanto mayor será la tendencia a entregar el control de estos procesos a los aparatos. Por lo que los trabajos que no se dejen acomodar a trajes de confección se resisten, sin embargo, a la tecnificación.

<sup>10</sup> Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre.

<sup>11</sup> Posible por autorizar el art. 71 de la ley la delegación en el Director del Centro aludido de la competencia para sancionar.



### 3. Automatización, con empleo de algoritmos, del proceso

El recurso, cada vez más importante, a medios computacionales desborda desde luego el campo administrativo, alcanzando incluso al judicial<sup>12</sup>, pues hoy es posible su empleo –más allá del apoyo a las actividades humanas convencionales– incluso para la toma de decisiones, particularmente en asuntos de cierta complejidad<sup>13</sup>. La clave de dicho empleo radica en el ya aludido algoritmo que, en cuanto procedimiento preestablecido para la obtención de un determinado resultado, suscita, por sus características y dificultad de su examen externo (en especial: su reproducción jurídica convencional para su contraste con la norma legal de cuya aplicación se trata), problemas nuevos de no escasa significación, singularmente en punto a la motivación de las decisiones<sup>14</sup>. Pues, teniendo la argumentación un papel central en la aplicación del Derecho (en la medida en que permite la justificación de las decisiones sobre la base de la consistencia y coherencia de las razones esgrimidas), es discutible que la denominada inteligencia artificial pueda cumplir los requerimientos precisos, ya que no pretende tanto reproducir los procesos cognitivos humanos, cuanto alcanzar –mediante procedimientos heurísticos– resultados semejantes. En todo caso y por lo que aquí interesa, el problema que –por su oscuridad actual (el proceso decisional opera como una caja negra)– plantea la automatización tiene gran entidad, como ha puesto de manifiesto J. de la Cueva (2018: 24-27), al denunciar que la no exigencia a aquella de requisitos idénticos a los que rigen para las

---

<sup>12</sup> Sobre la utilización al servicio de la función judicial, D. Bonsignore Fouquet (2021).

<sup>13</sup> Como ha señalado A. Huergo Lora (2021), debe distinguirse entre inteligencia artificial, digitalización y automatización, fenómenos que normalmente se confunden. Mientras la digitalización –aunque es presupuesto de la automatización y la inteligencia artificial– solo supone la utilización de tecnologías de la información y las comunicaciones (para sustituir el soporte papel), la automatización implica ya la sustitución del operador humano en los correspondientes procesos y la inteligencia artificial se emplea para desarrollar tareas, especialmente las de cierta complejidad, que antes requerían la intervención humana.

<sup>14</sup> Para A. Huergo Lora (2021) no podemos exigir a un algoritmo lo que no le pedimos a un humano. Si bien el algoritmo puede tener sesgos (no por el propio algoritmo, sino por su programación o por los datos que se le suministran), esos sesgos dejan huellas, mientras que los sesgos de los operadores humanos que deciden, que también existen y son casi inevitables, no son tan fácilmente detectables o demostrables.

fuentes del Derecho genera el riesgo nada menos que de pérdida de los avances que suponen los principios de legalidad y de publicidad normativa o, dicho de otro modo, deriva en una imposición técnica irrefragable en la práctica, haciendo plausible la conversión de la famosa frase atribuida al conde de Romanones en una que diga «haga Ud. la Ley y el Reglamento y déjeme a mí (la Administración) la aplicación informática»<sup>15</sup>.

A pesar de todos estos inconvenientes, es sostenible la viabilidad del empleo de la automatización<sup>16</sup>, que de hecho se produce en la práctica administrativa, desde luego para el ejercicio de potestades sustancialmente regladas y, por tanto, en la mera aplicación de la Ley convencional<sup>17</sup>. Se trata, en lo fundamental, del tipo de algoritmo

---

<sup>15</sup> El enorme salto que supone la automatización de la aplicación y los interrogantes que, por ello, suscita, se ponen de manifiesto, en el terreno filosófico, en las consideraciones que Byung-Chul Han (2021: 53-61) dedica a la inteligencia artificial, contraponiendo pensamiento humano y cálculo automatizado: si el *arjé* del primero es una disposición anímica de escucha y puesta de atención que le imprime un *pathos*, tiene mundo, tiende a trascender el marco inicial, genera nuevos conceptos y es capaz de alumbrar nuevos mundos, la inteligencia artificial, por el contrario, solo calcula fríamente sin disposición anímica alguna y, por tanto, es sorda, carece de mundo, está predeterminada por hechos o datos del pasado que no puede trascender, establece correlaciones y no genera nuevos conceptos y es incapaz de comprender.

En las diferencias entre el pensamiento humano y la inteligencia artificial radica sin duda la postulación por J. Ponce Solé (2019) de la exclusión de la inteligencia artificial en el ejercicio de potestades discrecionales, que, por tanto, debe reservarse a seres humanos. Dice literalmente dicho autor: «Sobre la aplicación del principio de precaución fuera del ámbito ambiental, también en el social, se ha pronunciado la STS de 5 de diciembre de 2016, número de recurso 378/2013, ponente Suay Rincón, que señala que las obligaciones de debido cuidado o debida diligencia asociadas al derecho a una buena administración exigen un determinado comportamiento administrativo en el procedimiento de adopción de decisiones administrativas. En virtud de este *principio de precaución* social, seríamos partidarios de establecer, como decimos, una *reserva legal de ejercicio de potestades discrecionales en favor de seres humanos*, en paralelismo con el art. 9 del EBEP que exige en la actualidad que sean funcionarios lo que ejerzan las potestades administrativas, para garantizar su objetividad e imparcialidad y por tanto la buena administración».

<sup>16</sup> Debe tenerse en cuenta que el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, admite, en su artículo 6, e) y a dicho efecto, la efectución del tratamiento incluso de datos personales en y por los Estados miembros caso de ser necesario para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público.

<sup>17</sup> En todo caso y como advierte A. Huergo Lora (2021), «... A veces parece que los riesgos y los problemas sólo surgen cuando se sustituye al operador humano por una aplicación informática, y que la solución consiste en rechazar la sustitución y exigir la presencia

que, entre los que A. Huergo Lora diferencia<sup>18</sup>, sirve para mecanizar procesos reglados y consiste en una fórmula que traduce el contenido de la norma que ha de aplicar la Administración a un código fuente (o conjunto de instrucciones expresadas en el lenguaje de programación pertinente) y a un código binario numérico legible por la máquina<sup>19</sup>.

La Ley de Procedimiento Administrativo Común (LPAC) no parece contemplar las posibilidades de los medios electrónicos más

---

humana. Pero la historia demuestra que la garantía para los ciudadanos nunca ha estado en la intervención de un humano, sino en el establecimiento de reglas que le vinculen. El Derecho ha servido siempre para controlar la actuación de los humanos, precisamente porque esa actuación humana es peligrosa. Lo más relevante no es quién actúe. Lo importante es cómo actúe y, sobre todo, que se pueda controlar esa actuación y garantizar que respete el programa normativo previamente establecido...».

<sup>18</sup> A. Huergo Lora (2021) identifica, por la función que cumplen, tres tipos de algoritmos:

a) Los que traducen un régimen jurídico para facilitar la toma de decisiones por la Administración y que, por tanto, facilitan la actuación.

b) Los que, como los anteriores, sirven para mecanizar o automatizar procesos reglados, sin cambiar su marco normativo, pero en los que el proceso es tan complejo que no se puede replicar sin el algoritmo, por lo que, en el momento de controlar la actuación administrativa, no se puede prescindir de él y es necesario verificar cómo ha funcionado (ejemplo: la asignación de plazas MIR, que fue suspendida cautelarmente en 2020 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo), en los que los resultados individuales están interconectados. El control jurídico de estas decisiones tomadas con ayuda de algoritmos no puede consistir en aplicar directamente la norma para ver si coincide con la actuación realizada con ayuda algorítmica, sino que es necesario revisar el funcionamiento del algoritmo, lo que exigirá conocer todos los factores que contribuyen a determinar su resultado.

c) Y los de tipo predictivo (inteligencia artificial s.s.), que contribuyen a orientar en una determinada dirección la actuación administrativa y que, a diferencia de los anteriores, aportan elementos decisionales propios.

Los riesgos inherentes a la inteligencia artificial han motivado ya la iniciativa de la Comisión Europea para la aprobación de un reglamento dirigido al establecimiento de reglas armonizadas sobre: i) la puesta en el mercado interior o en servicio, así como el uso, de sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo; y ii) la transparencia de la inteligencia artificial destinada a interactuar con personas naturales y sistemas de inteligencia artificial dirigida a generar o manipular contenidos de imágenes, audios o vídeos.

<sup>19</sup> Quedan fuera de la perspectiva del presente trabajo, por tanto, los supuestos, más novedosos que el de la mera automatización, en que la inteligencia artificial se emplea para organizar sistemas dotados de autonomía decisional. Mientras que, en estos, la ejecución de una norma puede abocar –en virtud de su capacidad de aprendizaje– a diferentes resultados, la automatización solo puede conducir a un resultado. De ahí el paralelismo que establece A. Soriano Arnanz («Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 3, 2021, p. 88) entre los sistemas autónomos y el ejercicio de potestades discrecionales, de un lado, y la automatización y el ejercicio de potestades regladas, de otro lado.

allá de la digitalización de los actos del procedimiento, es decir, del expediente administrativo y, en general, de la comunicación entre Administración y ciudadano<sup>20</sup>. Lo que quiere decir: la sustitución del papel como soporte de la actuación administrativa y de la comunicación ciudadano-Administración. Sin embargo, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, ya derogada, autorizaba para la adopción y notificación de resoluciones de forma automatizada en los procedimientos en que así estuviera previsto (art. 38), exigiendo para el establecimiento previo del órgano u órganos competentes para la definición de las especificaciones, la programación, el mantenimiento, la supervisión y el control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente, así como la indicación del órgano responsable a efectos de impugnación (art. 39)<sup>21</sup>.

Esta última autorización se recoge, hoy, en la LRJSP –paralela a la LPAC– autorizando a la Administración, con carácter abierto y general, la actuación (toda ella, pues, incluyendo el dictado de actos) automatizada<sup>22</sup>; autorización, que el Reglamento –aprobado por Real

---

<sup>20</sup> El preámbulo de la ley alude sólo a que «... una Administración sin papel basada en un funcionamiento íntegramente electrónico no sólo sirve mejor a los principios de eficacia y eficiencia, al ahorrar costes a ciudadanos y empresas, sino que también refuerza las garantías de los interesados. En efecto, la constancia de documentos y actuaciones en un archivo electrónico facilita el cumplimiento de las obligaciones de transparencia, pues permite ofrecer información puntual, ágil y actualizada a los interesados», añadiendo, al regular el decurso del procedimiento, que «... incorpora a las fases de iniciación, ordenación, instrucción y finalización del procedimiento el uso generalizado y obligatorio de medios electrónicos. Igualmente, se incorpora la regulación del expediente administrativo estableciendo su formato electrónico y los documentos que deben integrarlo». No hay en el articulado, además, más referencia a la actuación en forma electrónica que la referida a la consulta de información en el punto de acceso general electrónico de la Administración (art. 53). Y nada se dice al respecto ni en la producción de los actos, ni en su motivación (arts. 34 y 35).

Por eso A. Huergo Lora (2021) señala que la digitalización afecta a la comunicación entre la Administración y otros sujetos, así como al archivo de los procedimientos, determinando la constancia en un registro de toda la actuación administrativa que antes quedaba en papel y no estaba estructurado.

<sup>21</sup> El anexo del texto legal realizaba una definición de actuación automatizada en los siguientes términos: «actuación administrativa producida por un sistema de información adecuadamente programado sin necesidad de intervención de una persona física en cada caso singular. Incluye la producción de actos de trámite o resolutorios de procedimientos, así como de meros actos de comunicación».

<sup>22</sup> Su art. 41. 1 dispone en efecto: «Se entiende por actuación administrativa automatizada, cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos

Decreto 203/2021, de 30 de marzo-, titulado significativamente «de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos», desarrolla asimismo con toda amplitud<sup>23</sup>. Y en los sectores propicios al efecto –como el tributario y el de la seguridad social– figuran previsiones equivalentes<sup>24/25</sup>.

---

por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público».

<sup>23</sup> Su art. 13 dispone:

«1. La tramitación electrónica de una actuación administrativa podrá llevarse a cabo, entre otras formas, de manera automatizada de acuerdo con lo previsto en el artículo 41 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

2. En el ámbito estatal la determinación de una actuación administrativa como automatizada se autorizará por resolución del titular del órgano administrativo competente por razón de la materia o del órgano ejecutivo competente del organismo o entidad de derecho público, según corresponda, y se publicará en la sede electrónica o sede electrónica asociada. La resolución expresará los recursos que procedan contra la actuación, el órgano administrativo o judicial, en su caso, ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que las personas interesadas puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno y establecerá medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos de las personas interesadas.

3. En el ámbito de las entidades locales, en caso de actuación administrativa automatizada se estará a lo dispuesto en la disposición adicional octava del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional».

<sup>24</sup> Conforme al artículo 96 de la Ley General Tributaria, ya citada: i) la Administración tributaria debe promover la utilización de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos necesarios para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias; ii) los procedimientos y actuaciones en los que se utilicen técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos deben garantizar la identificación de la Administración actuante y el ejercicio de su competencia y en la actuación automatizada la identificación de los órganos competentes para la programación y supervisión del sistema de información y de los órganos competentes para resolver los recursos procedentes; iii) los programas y aplicaciones electrónicos, informáticos y telemáticos a utilizar para el ejercicio de potestades han de ser previamente aprobados por ésta en la forma que se determine reglamentariamente.

Véase también la resolución de la Dirección General de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de 29 de diciembre de 2010 por la que se aprueban las aplicaciones informáticas para las actuaciones administrativas automatizadas: [https://www.agencia-tributaria.gob.es/static\\_files/AEAT\\_Sede/Normativa\\_sede/Resolucion\\_%20AAA\\_%2029122010.pdf](https://www.agencia-tributaria.gob.es/static_files/AEAT_Sede/Normativa_sede/Resolucion_%20AAA_%2029122010.pdf).

<sup>25</sup> El artículo 130 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, habilita (de acuerdo con lo dispuesto en el art. 41 LRJSP) para la adopción y notificación de resoluciones de forma automatizada en los procedimientos de gestión de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, excluidas las pensiones no contributivas y las restantes del sistema de la Seguridad Social, previo establecimiento, mediante resolución de las Direcciones

Es importante destacar que, aunque doctrinalmente se sostenga que la actualización de esta autorización legal requiere la pertinente previsión normativa, lo cierto es que tal requisito –entendido como determinante del carácter normativo del algoritmo empleado– no resulta claramente ni de los preceptos legales examinados, ni de su desarrollo reglamentario, que alude solo a la pertinente resolución administrativa del órgano administrativo competente.

En todo caso, el desarrollo automatizado de la actuación administrativa consistente en la aplicación de la ley implica mecanismo idéntico al de la esquematización de los supuestos legales antes expuesto: la intercalación entre la ley y la aplicación concreta de una prefiguración administrativa de esta en el correspondiente algoritmo, es decir, un diseño propio –condensado, como se ha avanzado, en una fórmula– del proceso de aplicación, comprensivo –en los términos del art. 41.2 LRJSP– de las especificaciones, la programación, el mantenimiento, la supervisión y el control de calidad y, en su caso, la auditoría del sistema de información y de su código fuente, así como la indicación del órgano responsable a efectos de impugnación. En palabras de A. Soriano Arnanz (2021: 87) el algoritmo es una secuencia de instrucciones que, contenida en un programa informático, puede realizar procesos similares a los llevados a cabo por los seres humanos; definición, donde lo decisivo está en la secuencia de instrucciones, que determina la semejanza con el fenómeno aludido en el apartado anterior.

Cualquiera que sea la posición que se adopte acerca de la naturaleza jurídica del algoritmo (disposición o acto general), su producción lo interpone entre la norma legal y el resultado de su funcionamiento, de modo que comporta el peligro de distorsión de los términos de dicha norma, es decir, de su programación de la ejecución. La prevención de ese peligro y, en su caso, su control,

---

Generales correspondientes, el procedimiento o procedimientos de que se trate y el órgano competente para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente, así como indicación del responsable a efectos de impugnación.

Véase la Resolución de 23 de febrero de 2016, del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por la que se regula la tramitación electrónica automatizada de diversos procedimientos de gestión de determinadas prestaciones del sistema de la Seguridad Social: <https://www.boe.es/boe/dias/2016/03/01/pdfs/BOE-A-2016-2076.pdf>

solo son posibles bien desde la comprobación de la corrección de la fiel traslación del programa legal al automatizado (cual sucede con los reglamentos ejecutivos), bien del reexamen de la decisión obtenida por medios mecánicos a la luz, directamente, de la norma legal aplicada.

### III. LÓGICA GENERAL DE LA APLICACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA LEY; SU EVENTUAL DISTORSIÓN

La aplicación de la ley requiere una compleja operación jurídica de doble trazado: en el primero, la conceptualización de los hechos reales o construcción del «caso jurídico»<sup>26</sup> para posibilitar su encaje en el supuesto legal, y, en el segundo, la conexión de este último con aquel caso. Y esto es así, porque:

- a) El caso fáctico es algo que llega al aplicador, no como algo dado, sino como realidad en bruto que ha de ser transformada justamente en «caso jurídico» subsumible, mediante la adecuada selección de circunstancias y características relevantes a la luz de la norma rectora de la subsunción.
- b) La norma que postule aplicación requiere, a su vez, interpretación para delimitar la realidad fáctica para la que pretenda regir.

En el desarrollo de esta operación, en la que desempeña un papel decisivo la interpretación, confluyen los dos movimientos apuntados, legitimando la extracción de la consecuencia jurídica predeterminada por la ley. Lo que significa que la aplicación implica una doble determinación: la de la comprensión del caso jurídico por la norma y la de la pertenencia a esta de dicho caso. Desde el punto de vista de la vinculación positiva a la ley, exige –así y de cada vez– de un lado, la construcción del caso jurídico en función de sus circunstancias particulares y, de otro lado, el agotamiento de las potencialidades de comprensión de casos jurídicos ínsitas en la norma legal aplicada.

La distorsión que en esta lógica del proceso aplicativo puede introducir tanto la esquematización simplificadora administrativa,

---

<sup>26</sup> Vía selección de los elementos de la realidad relevantes a fin de situarlo en un plano permisivo de determinación de la «pertenencia» del caso al supuesto previsto en la norma legal.

como la automatización (sobre la base de un algoritmo) trae causa de la peculiaridad que introducen en dicho proceso, que, si arranca del mismo modo que la aplicación individualizada convencional, se aparta de esta cuando fuerza el supuesto fáctico real en el lecho de procusto de un supuesto tipo o estereotipado de confección administrativa, endosando este, sin más, a la subsunción en la norma<sup>27</sup>. Se excluye así por completo la fase iterativa de consideración y análisis de la realidad y la normatividad, pues el supuesto tipo o estereotipo (administrativo) cortocircuita esta última, ocupando su puesto.

El punto clave de la posible distorsión radica, así, en que la Administración (es decir, el aplicador), al ahorrar (vía estandarización o programación mediante algoritmo) el o los hechos, predetermina en cierta medida la consecuencia jurídica a extraer. O lo que es lo mismo: el criterio de actualización de la condición prevista en la norma y, por tanto, la procedencia de la consecuencia jurídica, dejan –en caso de concurrencia de la distorsión– de ser monopolio del legislador, para pasar a ser dominio compartido entre este y la Administración<sup>28</sup>.

#### IV. JUSTIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA INTERFERENCIAL: INEVITABILIDAD POR RAZÓN DE PRACTICABILIDAD

La justificación última de este fenómeno radica, como –según se ha adelantado– ha puesto de manifiesto J. Isensee (1976), en la practicabilidad de la aplicación de la programación normativa; practicabilidad que, en principio, parece estar más bien en pugna con el

---

<sup>27</sup> Frente a la frecuente y tópica alegación en favor del recurso a la automatización y, en general, a la inteligencia artificial de una supuesta mejora de la relación entre la Administración y el ciudadano, procede señalar que la distorsión apuntada en el texto puede traducirse en una mayor distancia entre uno y otro (con el efecto secundario de la necesidad de la intermediación de profesionales para la realización de gestiones administrativas), una insensibilidad más o menos acusada de la Administración para el carácter diverso, proteico y fluido de la realidad.

<sup>28</sup> J. de la Cueva (2018) pone dos ejemplos reveladores: i) en la gestión tributaria, si el programador dependiente del Ministerio de Hacienda no incluye la casilla de deducción por invalidez, ha alterado el reglamento y, posiblemente la Ley; y ii) en la aplicación de la normativa de tráfico, de modificar el técnico encargado el software de los radares que controlan los excesos de velocidad añadiendo 1 km/h a la cantidad efectivamente medida, estaría ejercitando unas facultades no atribuidas por la Ley y se convertiría en un ente soberano de la aplicación de la norma.



principio de legalidad, pues, al mediatizar la ley, entra en conflicto con:

- a) La reserva de Ley en su dimensión democrática (la voluntad general encarnada en el texto legal), al presuponer una competencia administrativa excluida de la cadena de legitimación exigida por el principio democrático e implícita en el papel constitucional de la Administración exclusivamente servicial del interés general definido por el legislador parlamentario.
- b) La primacía de la ley, por su efecto reduccionista del mandato legal, que hace peligrar la comprensión por la aplicación de todos los supuestos fácticos o reales incluidos potencialmente (y, al mismo tiempo, solo ellos) en el definido, por aquella.
- c) Los principios de seguridad jurídica y publicidad propios del Estado de derecho.

No obstante su aparente contradicción con el tajante mandato constitucional de sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico [art. 9.1 de la Constitución Española (CE)] y su traslación a la Administración pública como sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE), estos efectos de la mediatización expuesta no permiten afirmar, sin más, la inconstitucionalidad de los fenómenos analizados. Pues, como también ha destacado convincentemente J. Isensee (1976: 128-129), en ellos se pone de manifiesto no tanto una desobediencia abierta a la ley, cuanto una obediencia modulada por inevitables exigencias prácticas, que, por la naturaleza de las cosas, flexibilizan, pero no anulan, la vinculación a la ley. La tarea ejecutiva permanece, pues, intacta, aunque su cumplimiento se produzca de manera más, por así decirlo, tosca jurídicamente.

En efecto, el principio de legalidad o de actuación conforme, plenamente, a la ley y al Derecho no convierte a la Administración, cual sostuvo P. Laband (1901: 165) a principios del siglo XX, en *viva vox legis*, pues la aplicación incluye la interpretación. Y esta, si bien no supone una habilitación para un proceder administrativo libre, no excluye, a su vez y de por sí, la esquematización o la programación automatizada. Lo que significa que la interpretación tiene, en todo caso, límites y, desde luego, los impuestos por la exigencia implícita

de su práctica con disciplina jurídica, es decir, observando el método jurídico como factor de la previsibilidad o certidumbre requeridas por la seguridad jurídica entendida, como tiene dicho el Tribunal Constitucional (por todas STC 83/2005, de 7 de abril, que recoge la anterior 36/1991, de 14 de febrero) de expectativa razonablemente fundada en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho.

El argumento que sostiene la legitimidad de la aplicación esquematizada o programada algorítmicamente, no obstante los que cabe aducir para negarla, no es otro que su inevitabilidad, ya que –en la práctica– el administrar está de suyo estrechamente condicionado por factores estructurales (ajenos a la operación de aplicación propiamente dicha y no necesariamente adaptados a la concreta tarea asignada por la ley de que se trate): los que resultan de suyo de la organización, la lógica de funcionamiento y los medios personales, materiales y económico-financieros a disposición de la Administración pública. Por esta razón, toda asignación de la tarea de aplicación normativa coloca a la Administración, cuando se den las condiciones para ello, en una disyuntiva: aplicación convencional individualizada para cada caso o racionalización de la aplicación mediante esquematización/programación automatizada; disyuntiva de la que no puede escapar, en tanto que la encomienda legal implica la exigencia de la toma tempestiva de las pertinentes decisiones<sup>29</sup>. El deber ser normativo encuentra aquí el límite de la capacidad real de actuación, la cual fuerza, en su caso, la esquematización o automatización como única salida posible al dilema. De donde se sigue: en la aplicación, legalidad no se opone necesariamente a practicabilidad, radicando la diferencia entre ambas no tanto en el resultado (pues este puede ser coincidente en una y otra), cuanto más bien en el proceso que conduce a él y, por tanto, en la motivación de la decisión.

---

<sup>29</sup> Como resulta sin más de la obligación general de resolver todo procedimiento y notificar la resolución en el plazo máximo legal correspondiente (art. 21 LPAC).

V. CONSTITUCIONALIDAD DE LA MODULACIÓN, POR LA PRACTICABILIDAD, DE LA LEGALIDAD DE LA EJECUCIÓN ADMINISTRATIVA APLICATIVA

1. *Carácter no obstativo, de modo concluyente, de los requerimientos constitucionales básicos del Estado de derecho*

1.1. Principio y derecho de igualdad ante la ley

En tanto que la aplicación convencional individualizada de la Ley produce, de suyo y gracias a la generalidad de esta última, la igualdad requerida por el artículo 14 CE, comporta, cuando es administrativa, también de suyo y para sí misma, la exigencia de uniformidad. Pues, según el modelo ideal clásico, la actuación administrativa debe operar como neutra transmisora, en perfecta línea de continuación con ella, de la voluntad expresada en el texto legal<sup>30</sup>. Y esa uniformidad de la ejecución aplicativa está en los genes de la organización administrativa en cuanto articulada aún –al menos cada una de las organizaciones en que el poder público administrativo se descompone hoy y sin perjuicio de su desplazamiento en buena medida por otras técnicas incluso en el seno de las mismas– sobre el principio de jerarquía (art. 103.1 CE). Desde este punto de vista, la esquematización-automatización, muy especialmente la segunda<sup>31</sup>, suscita cuando menos la duda de la distorsión de la *voluntas legis*-

<sup>30</sup> Como dejó señalado E. García de Enterría (2009) como resultado de la revolución francesa todo el aparato del poder se objetiviza en un abstracto y casi mecánico (casi, porque enseguida habrá de aceptarse que la ley puede y debe habilitar poderes llamados discretionales ...) aparato de ejecución legal, de normas escritas y como tales ciertas, elaboradas meditamente con la *sage lenteur* de las Asambleas, fijas e inmutables para los intérpretes y para los aplicadores, seguras, pues, para los ciudadanos, que por vez primera en la historia pueden conocer el Derecho a través de su publicación regular en su tenor exacto, con los límites rigurosos de sus derechos....»

La ley pasa así al lugar central del sistema. No solo es, según varios, el punto de articulación de las libertades de los ciudadanos....; pasa a ser también el instrumento a través del cual impera el único poder legítimo en una sociedad de hombres libres, la voluntad general, actuando por medio de determinaciones generales, impersonales y abstractas, las cuales solo necesitarán ser particularizadas en los casos concretos por medio de agentes ejecutores, funcionarios o jueces, para ser finalmente efectivas».

<sup>31</sup> Pues las circulares, instrucciones u órdenes de servicio están redactadas en lenguaje natural, son, en su caso, invocables con ocasión del control judicial y en este son susceptibles de pleno control ordinario, con lo que las distorsiones que produzcan son directamente corregibles en esta última sede. Los algoritmos, en cuanto expresados en lenguaje comprensible por la máquina resulta opaco y no inteligible para el destinatario de

*latoris*, en la medida en que potencialmente es capaz de sustituir la igualdad ante la ley (los supuestos por esta definidos) en igualdad ante los supuestos tipo generados por la propia Administración<sup>32</sup>.

El examen del interrogante así formulado demanda la consideración de la peculiaridad del poder público administrativo respecto de los otros dos poderes; peculiaridad, que se manifiesta en dos planos:

- a) Por de pronto, en el del funcionamiento y la toma de las decisiones. Mientras las decisiones deben ser fruto, en el caso del legislativo, de la deliberación y el voto de los miembros de la o las Cámaras o Asambleas (arts. 66.2 y 79 CE y correspondientes de los estatutos de autonomía), y, en el del judicial, de la voluntad del juez predeterminado por la ley y solo de este (art. 117.3 CE), en la Administración obedecen a lógica completamente diferente. Pues, constitucional y legalmente, el llamado a tomar decisiones no es ninguna de las personas que desempeñen válidamente puestos o cargos que autoricen para expresar la voluntad administrativa (no existe derecho alguno a ejerciente de función pública predeterminado por la ley), sino la organización misma como un todo (cada una de las que tienen la condición o consideración de Administración pública o son capaces de ejercer potestades administrativas), aunque operando por medio del órgano competente (cuya decisión se imputa a la organización de la que forma parte).
- b) Y también en el del principio y derecho de la igualdad. Mientras el Legislativo goza de la libertad de configuración (en el marco y de acuerdo con la Constitución y, en su caso, el Derecho de la Unión Europea), puede, por ello y sin incurrir en infracción

---

la decisión administrativa y de difícil contraste, en sede del control judicial, con la norma legal aplicable.

<sup>32</sup> Como señala J. Ponce Solé (2019): «... Si antes la costumbre podía ser *secundum, praeter o contra legem*, hoy es la aplicación informática quien puede ocupar estas tres posturas en relación con la norma jurídica. Si en aquella ocasión se resolvió el problema mediante una intervención que señaló claramente la jerarquía de las normas jurídicas, igual solución debe proponerse en la actualidad ante la aparición de estas normas secretas e indiscutibles. Los principios de legalidad y de publicidad normativa siguen vigentes y no pueden verse derogados legal o consuetudinariamente por el uso de tecnología alguna. Existen pues poderosas pero sencillas razones tanto para iusprivatistas (arts. 1.3 y 2.2 CC), como para iuspublicistas (art. 9.3 CE), para argumentar en favor de esta regulación del código fuente y de los algoritmos. Se trata de algo tan elemental como seguir reivindicando el imperio de la ley».

de la igualdad ante la ley, recurrir a la tipificación simplificadora de supuestos e, incluso, a la habilitación de la Administración al efecto. Pues tal proceder suscita solo, en todo caso, la cuestión, distinta a la igualdad ante la ley, de la igualdad de tratamiento en la propia norma legal.

La Administración, sin embargo y al igual, en este caso, que el juez, carece de semejante libertad, pues su actuación, en tanto que ejecutiva, cae de lleno en el campo de la igualdad ante la ley.

Si es la Administración, en cuanto tal, la vinculada por la ley, por ser destinataria única de los mandatos de esta, parece claro que es a ella (y no a cada una de las personas ejercientes de función pública que la integran, de forma dispersa y potencialmente desigual, cual sucede, sin embargo, en el caso de los jueces) a la que corresponde la aplicación y, por tanto, la interpretación de la ley, asegurando la igualdad ante ella, lo que lleva implícita la exigencia de uniformidad de la aplicación. Pues la programación legal jurídico-administrativa lo es de la actuación del sujeto Administración pública, como bien luce en el artículo 103.1 CE y dicha actuación, cuando es de aplicación, está sin duda bajo el mandato de uniformidad a fin de evitar la indebida fragmentación de la voluntad general del legislador (y ello a pesar de que la Administración no sea organizativamente una unidad). Cuanto más esquemáticamente se prefigure, o se automatice, la aplicación, más resultados uniformes producirá esta, al transformarse las decisiones o resoluciones administrativas en actos impersonales y de contenido idéntico en todos los casos; transformación a la que se prestan desde luego las circulares, instrucciones y órdenes de servicio, pero que es incluso completa en la automatización. Pues, en definitiva, esos mecanismos suponen la conversión de los mandatos legales en órdenes:

- bien, en el caso de las circulares o instrucciones, que concretan los términos en que debe tener lugar la aplicación de la norma;
- bien, en el caso de la automatización, de proceder a través de la máquina.

Lo que vale decir: la transformación, para el titular de cada órgano, de la vinculación a la ley en deber de obediencia a la instrucción o de actuar en forma automatizada.

## 1.2. Procedimiento debido

El artículo 105, c) CE garantiza a la ciudadanía la adopción de los actos administrativos siguiendo el procedimiento debido (en el que, cuando proceda, ha de habersele dado audiencia). Si bien esta garantía no puede, por razones obvias (ya expuestas), considerarse de suyo en peligro en el caso de las circulares, instrucciones u órdenes de servicio, tal peligro existe sin duda en el del recurso a la automatización con empleo de algoritmos para la toma de decisiones. Y lo cierto es que, en nuestro ordenamiento, existe un claro déficit regulatorio a este respecto, ya que no se han precisado los términos en que, conforme a lo previsto en el art. 41.2 LRJSP, han de ser establecidos, previamente, los diferentes extremos precisos para una actuación administrativa automatizada, ni en el «código» de derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones públicas (art. 13 LPAC) figura –en contraste con la atención que presta a la comunicación por medios electrónicos entre unos y otras– derecho alguno al conocimiento de, o acceso a, los algoritmos y códigos fuente aplicados. De ahí que J. Ponce Solé (2019) postule, para la aprobación de algoritmos y códigos fuente, la existencia de un procedimiento administrativo debido que permita, antes de la misma, la participación ciudadana mediante un trámite de información pública y de audiencia, en su caso, para permitir la presentación de alegaciones a las que la Administración deba legalmente dar respuesta razonada en los términos requeridos por el artículo 83.3 LPAC. Aunque el requerimiento de un procedimiento previo pueda ser, quizás, una exigencia excesiva (piénsese, por ejemplo, en la elaboración de tratamientos informáticos por terceros mediante contrato de servicios), sí parece plausible la de un trámite de información pública o audiencia o, en todo caso y más allá de la mera auditoría, un mecanismo adecuado de control previos a la efectiva aplicación del correspondiente algoritmo. Pero la inexistencia actual de uno u otro no parece que pueda considerarse que, por sí misma, infrinja el requerimiento constitucional del procedimiento debido.

Pero es que, ni siquiera con ocasión del dictado de actos por medios mecánicos se concede a los interesados en el pertinente procedimiento a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el país vecino

Francia<sup>33</sup>, un derecho específico de información completa (el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos no va más allá, en este terreno de lo que, con carácter general y para el tratamiento de datos de carácter personal, establece el Reglamento de la Unión Europea (UE) 2016/679), como tampoco de acceso al algoritmo (un tal derecho no figura entre los enumerados en el artículo 53 LPAC, a pesar de que el artículo 14.2, g) del aludido Reglamento UE impone, desde la perspectiva ciertamente limitada de la protección de datos personales, el deber de proporcionar al interesado información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas del tratamiento correspondiente). De esta suerte, la facilitación de estos derechos depende, en nuestro caso, de la declaración de las aplicaciones correspondientes, en los términos autorizados por el artículo 157.2 LRJSP, como de fuentes abiertas, «cuando de ello se derive una mayor transparencia en el funcionamiento de la Administración Pública o se fomenta con ello la incorporación de los ciudadanos a la sociedad de la información».

Pero tampoco del contenido de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, cabe deducir, de modo claro, ni un derecho de acceso a los algoritmos y códigos fuente, ni la exigencia de transparencia o de publicidad activa en la materia, y el derecho fundamental a una buena administración

---

<sup>33</sup> El Código francés de relaciones entre el público y la Administración dispone, en efecto y a partir de la Ley 2016-1321, de 7 de octubre de 2016:

- a) En su artículo L.311-3-1: Sous réserve de l'application du 2° de l'article L. 311-5 (relativo a los documentos exceptuados del derecho de acceso), une décision individuelle prise sur le fondement d'un traitement algorithmique comporte une mention explicite en informant l'intéressé. Les règles définissant ce traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre sont communiquées par l'administration à l'intéressé s'il en fait la demande. Les conditions d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'Etat.
- b) En su artículo L.312-1-3: Sous réserve des secrets protégés en application du 2° de l'article L. 311-5 (documentos exceptuados del derecho de acceso), les administrations mentionnées au premier alinéa de l'article L.300-2 (el Estado, las colectividades territoriales y las personas de Derecho público o privado encargadas de una misión de servicio público) à l'exception des personnes morales dont le nombre d'agents ou de salariés est inférieur à un seuil fixé par décret, publient en ligne les règles définissant les principaux traitements algorithmiques utilisés dans l'accomplissement de leurs missions lorsqu'ils fondent des décisions individuelles.

no es directamente aplicable a la ejecución administrativa interna (al estar referido a la actuación de las instituciones de la UE).

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sostiene la decantación en nuestro ordenamiento, a partir de los artículos 9.3 y 103.1 CE [con concreción en el artículo 3.1, d) –racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión– y e) –buena fe, confianza legítima y lealtad institucional– LRJSP] un principio de buena administración del que derivan deberes para las Administraciones públicas y, entre ellos, el deber de cuidado y debida diligencia (con los correlativos derechos de los ciudadanos)<sup>34</sup>. Sobre esta base se ha postulado –así, de nuevo, J. Ponce Solé (2019)– la existencia de una obligación de la Administración, genérica y transversal, de hacerse comprender en cualquier sector y respecto de cualquier información transmitida, ligada al estándar de conducta de debida diligencia y vinculada con la obligación de motivación de las decisiones administrativas.

---

<sup>34</sup> La doctrina jurisprudencial aludida se ha producido significativamente en materia tributaria, pero es perfectamente generalizable. Las Sentencias del Tribunal Supremo fundamentales, que invocan también el art. 41 de la carta de derechos fundamentales de la UE, son las siguientes:

- La de 18 diciembre 2019 (rec. cas. 4442/2018), que recoge la previa de 5 de diciembre de 2017 (rec. cas. 1727/2016) y señala: «... Procede reiterar como doctrina de interés casacional la que declaramos en nuestra Sentencia de 5 de diciembre de 2017, reafirmando que del derecho a una buena Administración pública derivan una serie de derechos de los ciudadanos con plasmación efectiva. No se trata, por tanto, de una mera fórmula vacía de contenido, sino que se impone a las Administraciones públicas de suerte que a dichos derechos sigue un correlativo elenco de deberes a estas exigibles...».
- Y la de 11 de junio de 2020 (rec. 3887/2017), conforme a la cual «(...) el principio de buena administración (...) impone a la Administración una conducta lo suficientemente diligente como para evitar definitivamente las posibles disfunciones derivadas de su actuación, sin que baste para dar cobertura a sus deberes la mera observancia estricta de procedimientos y trámites, sino que, más allá, reclama la plena efectividad de garantías y derechos reconocidos legal y constitucionalmente al contribuyente y ordena a los responsables de gestionar el sistema impositivo, a la propia Administración Tributaria, observar el deber de cuidado y la debida diligencia para su efectividad y la de garantizar la protección jurídica que haga inviable el enriquecimiento injusto».



### 1.3. Publicidad y audiencia

Desde este punto de vista cabe plantear la posible infracción –en principio más problemática– de la publicidad de los mecanismos analizados y la incidencia de estos en la motivación de las decisiones (en virtud de la exigencia de previsibilidad de la actuación del poder público y la interdicción de arbitrariedad en la misma: art. 9.3 CE) y, en todo caso en el supuesto de automatización, de la garantía constitucional de audiencia (por más que esta aparezca formulada, en términos que la relativizan: «cuando proceda»).

En ausencia de un deber legal de publicidad activa de las circulares e instrucciones internas y de las órdenes de servicio, que podría permitir obviar el correspondiente reproche, este parece poder considerarse carente de relevancia constitucional en la medida en que las decisiones o resoluciones efectivamente dictadas contengan una motivación comprensible y mínimamente suficiente para posibilitar una defensa plena y eficaz de los derechos e intereses de los afectados (incluso frente a la circular, la instrucción u orden de servicio en que descansen o, en su caso, la lógica del algoritmo empleado para su producción).

La lógica de la automatización puede implicar, sin embargo, cuando menos una indebida restricción de las posibilidades de alegación que debe ofrecer el trámite de audiencia, caso de ser procedente. Pero también parece posible considerar esta carente de relevancia constitucional, en virtud del principio de eficacia eficiente de la Administración (art. 103.1 CE), siempre que sea posible la subsanación, en la propia vía administrativa (en sede, en su caso, del recurso procedente), la apuntada indebida restricción.

## 2. *Relevancia constitucional y no oposición a la legalidad de la practicabilidad de la ejecución administrativa*

Como resulta del precedente examen, la cuestión de la constitucionalidad de la practicabilidad de la ejecución administrativa (como justificación de la modulación de irrestricta sujeción de esta a la ley) no puede despejarse satisfactoriamente desde el análisis de su compatibilidad o no con determinaciones constitucionales concretas, por más que sean reconducibles a las exigencias básicas del Estado de

derecho. Para ello, es preciso ampliar la perspectiva, pues el Estado-ordenamiento fundado, sostenido y articulado por la CE descansa por entero en el complejo de notas caracterizadoras del primero (carácter democrático, social y de Derecho) y valores superiores correlativos (pluralismo, igualdad y libertad en justicia) basado en la dignidad de la persona, considerada en sociedad<sup>35</sup>; complejo, que forma un orden constitucional básico, cuyos elementos son indisociables, de modo que el Estado es, en lo que aquí interesa, al mismo tiempo social y de Derecho y, por tanto, no solo Estado de derecho.

Es preciso, así, abordar la cuestión en el contexto del aludido orden básico y sus irradiaciones en el resto del orden constitucional. Solo tal perspectiva permite, en efecto, alcanzar, en su caso, la conclusión de una relevancia constitucional de la practicabilidad, que, a título de principio, dote a esta de potencia suficiente para modular en lo necesario el de legalidad.

El valor superior del ordenamiento que se corresponde preferentemente con el carácter social del Estado es la igualdad, pero no la de la proclamada en el artículo 14 CE, ya antes analizada, sino la sustantiva o material ínsita en el mandato del artículo 9.2 CE a los poderes públicos (expresivo de un verdadero deber jurídico) de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y los grupos sociales en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Cuando del poder público administrativo se trata, ese mandato se concreta (artículo 103.1 CE) en una exigencia no de simple actuación ejecutiva (de una programación normativa previa), sino de desarrollo de tal actuación precisamente con arreglo al principio de eficacia, que, en su dimensión de gasto público, ha de ser, además, eficiente y económica (art. 31.2 CE). Así se ha entendido desde luego en el desarrollo legal (art. 3.1 LRJSP) del artículo 103.1 CE, a cuyo tenor las Administraciones

---

<sup>35</sup> En la imposibilidad de argumentar esta afirmación, baste, para su justificación, con la remisión a L. Parejo Alfonso, «Los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en R. Gómez-Ferrer Morant (Coord.), *Libro homenaje a Profesor José Luis Villar Palasí: Constitución y valores del ordenamiento*; ««Constitución y valores del ordenamiento», en S. Martín-Retortillo Baquer, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría Martínez-Carande* y «Comentario al artículo 1», en C. Montesinos Padilla, P. Pérez Tremps y A. Sáiz Arnaiz (Dirs.), *Comentario a la Constitución Española: 40 aniversario 1978-2018: Libro-homenaje a Luis López Guerra*.

públicas deben respetar en su actuación, entre otros, los principios de servicio efectivo a los ciudadanos, eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados, economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales y eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.

Con entera independencia de la dificultad de la precisión –dada la multivocidad de la eficacia y la eficiencia, según la disciplina desde las que se contemple– del principio de eficacia eficiente, es claro que postula jurídicamente –en el plano de la ejecución y, por tanto, de la aplicación de que aquí se trata– la materialización efectiva de la programación normativa (obligación de resultado) mediante el empleo solo de los medios necesarios y optimizando los precisos a tal efecto (singularmente los económicos)<sup>36</sup>. Una ejecución aplicativa de la programación normativa respetuosa con tal principio solo es posible en las condiciones que permitan, según ya se ha argumentado, la estructura, el funcionamiento y los medios personales, materiales y económicos de la Administración correspondiente. Siendo esto así, debe convenirse, de nuevo con J. Isensee<sup>37</sup>, que la practicabilidad de la aludida ejecución no es otra cosa que el conjunto de condiciones que garantizan la eficacia eficiente de esta última. Con la consecuencia de que, por su imbricación en el de eficacia eficiente, la practicabilidad adquiere también la condición de principio.

De lo dicho resulta:

- a) La erección de la practicabilidad al rango de principio y, concretamente de principio constitucional. Pues así se deduce de su relación, gracias a su inserción en el principio de eficacia, con el mandato constitucional expresado en el artículo 9.2 CE.
- b) La inexistencia de oposición o antagonismo entre el principio de practicabilidad así entendido y el de legalidad de la actuación administrativa. Así se desprende de:
  - La consagración simultánea, en el artículo 9 CE, de la eficacia y, por tanto, la practicabilidad como principio implícito en

---

<sup>36</sup> Sobre el principio jurídico de eficacia eficiente, L. Parejo Alfonso (1989: 15-66; 1995).

<sup>37</sup> J. Isensee (1976: 155-164).

el deber de promoción y remoción reales y efectivas y el de legalidad de los poderes públicos.

- La imposibilidad constitucional de una eficacia eficiente (y, con ella, la practicabilidad) fuera o al margen de la legalidad. Conforme al artículo 103.1 CE, la primera debe guiar la actuación administrativa siempre sometida completamente a la ley y al Derecho. La practicabilidad solo es factible, pues, dentro de la legalidad.

En conclusión: en todo mandato legal de ejecución administrativa aplicativa debe considerarse inscrito, implícitamente y a título de *ratio legis*, la practicabilidad de dicha ejecución en los términos que han quedado concretados y, por tanto, bajo la reserva de comprobación de la plena legalidad del resultado (la decisión) al que conduzcan los mecanismos de que se sirva para su inexcusable cumplimiento.

## BIBLIOGRAFÍA

- BONSIGNORE FOUQUET, D. (2021). «Sobre inteligencia artificial, decisiones judiciales y vacíos de argumentación», *Teoría&Derecho*. Revista de pensamiento jurídico, núm. 29.
- BYUNG-CHUL HAN. (2021). (*No-cosas. Quiebras del mundo de hoy*). Ed. Taurus.
- CUEVA, J. de La. (2018). «Código fuente, algoritmos y fuentes del Derecho», colaboración para El Notario del Siglo XXI, Colegio Notarial de Madrid. <https://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/8382-codigo-fuente-algoritmos-y-fuentes-del-derecho>.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (1971). «Jurisprudencia y computadores», *RAP* núm. 64, enero-abril de 1971, pp. 327-336.
- GARCÍA DE ENTERRIA, E. (2009). *La lengua de los Derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución francesa*. Ed. Civitas. Discurso leído el 24 de octubre en el acto de su recepción como académico de número de la Real Academia Española. [https://www.rae.es/sites/default/files/Discurso\\_Ingreso\\_Eduardo\\_Garcia\\_de\\_Enterria.pdf](https://www.rae.es/sites/default/files/Discurso_Ingreso_Eduardo_Garcia_de_Enterria.pdf)
- HUERGO LORA, A. (2021), «Regular la inteligencia artificial (en Derecho administrativo)». <https://mail.google.com/mail/u/0/?tab=rm&ogbl#inbox/FMfcgxwLtZwlnmdDDZWGLMBfqlRxlzsv>
- ISENSEE, J. (1976). *Die Typisierende Verwaltung. Gesetzesvollzug im Massenverfahren am Beispiel der typisierenden Betrachtungsweise des Steuerrrechts*, Ed. Duncker&Humblot.
- LABAND, P. (1901). *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Ed. J.C. Mohr, 4ª edición, Tubinga.
- LUHMANN, N. (1964). *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, Ed. Duncker&Humblot. (1966). *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung. Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung*, Ed. Duncker&Humblot.
- PAREJO ALFONSO, L. (1989). «La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública». *Documentación Administrativa*, 218-219, pp. 15-66.
- PAREJO ALFONSO, L. (1989). Los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En R. Gómez-Ferrer Morant (Coord.), *Libro homenaje a Profesor José Luis Villar Palasí*, Ed. Civitas, pp. 923-976.
- PAREJO ALFONSO, L. (1990). *Constitución y valores del ordenamiento*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces.
- PAREJO ALFONSO, L. (1991). *Constitución y valores del ordenamiento*. En S. Martín-Retortillo Baquer, *Estudios sobre la Constitución Española*.

- Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría Martínez-Carande, Vol. I (el ordenamiento jurídico), Ed. Civitas, pp. 29-134.
- PAREJO ALFONSO, L. (1995). *Eficacia y Administración. Tres estudios*. BOE e INAP.
- PAREJO ALFONSO, L. (2018). Comentario al artículo 1. En C. Montesinos Padilla, P. Pérez Tremps y A. Sáiz Arnaiz (Dirs.). *Comentario a la Constitución Española: 40 aniversario 1978-2018: Libro-homenaje a Luis López Guerra*. Ed. Tirant lo Blanch.
- PONCE SOLÉ, J. (2019). «Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico», *La Administración al día (Estudios y Comentarios)* de 11. 04.2019, Instituto Nacional de Administración Pública.
- SORIANO ARNAIZ, A. (2021). «Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 3, pp. 85-127.
- ZEIDLER, K. (1959). *Über die Technisierung der Verwaltung. Eine Einführung in die juristische Beurteilung der modernen Verwaltung*. Ed. Müller.