

CAPÍTULO 5
LA TRANSPARENCIA ALGORÍTMICA EN EL SECTOR
PÚBLICO

Manuel Medina Guerrero

Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Sevilla

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: LA GARANTÍA DE LA TRANSPARENCIA ALGORÍTMICA EN EL CONSTITUCIONALISMO DIGITAL.—II. EL ACCESO AL CONOCIMIENTO DE LOS ALGORITMOS UTILIZADOS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LA NORMATIVA REGULADORA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. II.1. *Las reglas de transparencia aplicables a las decisiones basadas en tratamiento automatizado de datos.* II.2. *El derecho del afectado a recibir una explicación de la específica decisión adoptada.* II.3 *La limitada transparencia algorítmica salvaguardada por el RGPD.*—III. LA APERTURA DE LOS SISTEMAS ALGORÍTMICOS UTILIZADOS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LA LEGISLACIÓN REGULADORA DE LA TRANSPARENCIA. III.1 *La consideración de los algoritmos como «información pública» a los efectos de las leyes de transparencia.* III.1.1. Aproximación desde el Derecho Comparado. III.1.2. El estado de la cuestión en el ordenamiento español. a) El acceso directo a los algoritmos y códigos fuente. b) La pretensión de conocer el funcionamiento de los sistemas algorítmicos. c) La publicidad activa. III.2. *Los límites usualmente invocados para restringir la publicidad de la información algorítmica.* III.2.1. El límite de la propiedad intelectual. a) Los algoritmos forman parte del ámbito materialmente protegido por el derecho a la propiedad intelectual. b) El límite de la propiedad intelectual comprende el mero acceso al algoritmo. c) Titularidad y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual en relación con los programas creados por las Administraciones públicas. d) Los programas elaborados por particulares para las Administraciones públicas. III.2.2. El límite de los intereses económicos y comerciales. a) La aplicabilidad de la categoría de «secreto comercial» a los algoritmos. b) Los intereses económicos y comerciales propios de la Administración protegidos por el artículo 14.1.h) LTAIBG. III.2.3. El límite de la seguridad pública. III.2.4. La eventual aplicabilidad de otros límites. a) La defensa de la Administración frente al riesgo de eludir el algoritmo. b) El límite de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión.—IV. UN BALANCE. LÍMITES Y POSIBILIDADES DE LA TRANSPARENCIA EN LA TOMA DE DECISIONES AUTOMATIZADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN.LA GARANTÍA DE LA TRANSPARENCIA ALGORÍTMICA EN EL CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

Desde hace algún tiempo, la noción de «constitucionalismo digital» ha adquirido carta de naturaleza para designar las medidas que se han adoptado —o deberían tomarse— para hacer frente a los retos que la sociedad algorítmica plantea en el reparto y delimitación de poderes tanto públicos como privados. Medidas que en última instancia están orientadas a la salvaguarda de los propios derechos de la ciudadanía frente a la enorme potencialidad intrusiva que supone para los mismos la toma de decisiones automatizadas. En este contexto, el término «constitucionalismo» se emplea en un sentido muy amplio —alejado de la estricta conexión con la Constitución como norma escrita—, toda vez que abarca la totalidad de las normas que organizan el poder en general e, incluso, se vinculan a dicho concepto textos o documentos que no son genuinas normas jurídicas, sino *soft law*¹.

Sea como fuere, un integrante esencial de ese «constitucionalismo digital» lo conforma el reconocimiento de específicos derechos digitales a favor de la ciudadanía², de entre los cuales descuella el de conocer los tratamientos automatizados de datos de los que podamos ser objeto.

Así se apunta ya en la pionera Declaración italiana de derechos de internet, aprobada por la Comisión para los derechos y deberes en internet de la Cámara de Diputados el 28 de julio de 2015, en donde —siguiendo muy de cerca la normativa europea en materia de protección de datos personales— se reconoce el derecho de todas las personas de conocer las modalidades técnicas de tratamiento de datos que les afecten (art. 6.1), así como la obligación de poner en conocimiento de los afectados el empleo de algoritmos (art. 9.2).

Pero, sin duda, fue la Ley francesa nº 2016/1321, de 7 de octubre, por una República digital, la que supuso un cambio sustancial en el tratamiento de la cuestión, al abandonar el terreno de la *mera* declaración de principios programáticos para pasar a configurar verdaderos derechos jurídicamente exigibles³. Dado que tendremos que volver de forma recurrente a la normativa francesa más adelante, bastará ahora con mencionar que esta Ley vino a modificar el «Código de relaciones entre el público y la administración» a fin de incluir expresamente al «código fuente» entre los documentos sujetos al derecho de acceso a la información pública (artículo L. 300-2), estableciendo

¹ Así, por ejemplo, el constitucionalista Lawrence LESSIG aclara ya al comienzo de su libro que emplea el término «Constitución» al modo británico, esto es, entendido como una «*arquitectura*... que estructura y limita el poder jurídico y social a fin de proteger *valores* fundamentales -principios e ideas que van más allá de los compromisos de la política habitual» (*Code and other laws of cyberspace*, Basic Books, New York, 1999, p. 5).

² CELESTE, E., *Digital Constitutionalism. The Role of Internet Bill of Rights*, Routledge, Abingdon, 2023.

³ En este sentido, RALLO LOMBARTE, A., «Una nueva generación de derechos digitales», en: *Revista de Estudios Políticos*, núm. 187, 2020, p. 110.

asimismo la obligación de dar determinada información a los afectados cuando son objeto de una decisión administrativa basada en un tratamiento algorítmico (artículo L. 311-3-1).

A partir de entonces, sea ya bajo la forma de declaración programática de derechos o como derechos efectivamente tutelados, lo cierto es que los diferentes documentos que se han ido aprobando en la materia en el ámbito europeo contemplan el acceso a la información como un eje central de las garantías de la ciudadanía frente a la creciente utilización de la inteligencia artificial.

En esta línea, la muy destacable Carta Portuguesa de Derechos Humanos en la Era Digital (aprobada por la Ley nº 27/2021, de 17 de mayo)⁴, tras exigir que en la utilización de la inteligencia artificial se garantice «un justo equilibrio entre los principios de explicabilidad, de seguridad, de transparencia y de responsabilidad» (artículo 9.1), impone que se comunique a los afectados las decisiones con impacto significativo que se adopten mediante el uso de algoritmos (art. 9.2). Y ya concretamente al regular los derechos digitales frente a la Administración pública, se menciona el derecho a obtener información digital relativa a procedimientos y actos administrativos [artículo 19 b)].

Y, a nivel de la Unión Europea, la reciente Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital⁵ incluye entre los compromisos el de asegurar «la transparencia en el uso de los algoritmos y la inteligencia artificial» (Capítulo III: Libertad de elección).

En lo que a España concierne, habida cuenta de que en el listado de derechos digitales contenido en el Título X de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantías de derechos digitales (en adelante, LOPD-GDD), ninguna mención se hace a la transparencia algorítmica, no se cuenta al respecto con más referencias expresas de alcance general que las que proporciona la Carta de Derechos Digitales de España (2021). Carta que, aun recogiendo interesantes y abundantes consideraciones en torno a este asunto según veremos a continuación, no sirve más que como pauta orientadora para los poderes públicos, por lo que son muy libres de llevar a efecto, o no, en la práctica el catálogo de recomendaciones que contiene.

Pese a este notabilísimo condicionante, la Carta esboza un horizonte en el que los derechos y obligaciones de información en este ámbito resultan enormemente potenciados en comparación con el escenario normativo hoy vigente. Ciñéndonos a las previsiones que guardan más estrecha relación con el tema que nos ocupa, debe notarse que la Carta dedica enteramente su artículo XVIII a los «Derechos digitales de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones Públicas». Tras proclamar el

⁴ Para más detalles, consúltese SOARES FARIÑO, D., «The Portuguese Charter of Human Rights in the Digital Age: a legal appraisal», en: *Revista Española de la Transparencia*, núm. 13, 2021, pp. 85-101.

⁵ Comisión Europea, Bruselas, 26 de enero de 2022 COM (2022) 28

principio de transparencia como eje rector de la actuación de la Administración digital y subrayar en consecuencia la necesidad de garantizar el derecho de acceso a la información pública y la publicidad activa (apartado segundo), su apartado sexto procede ya a delimitar los concretos derechos digitales que asisten a la ciudadanía en esta esfera. Especialmente reseñables a los efectos de este trabajo son los consagrados en las letras b) y c), a saber, por una parte, el derecho a «[l]a transparencia sobre el uso de instrumentos de inteligencia artificial y sobre su funcionamiento y alcance en cada procedimiento concreto y, en particular, acerca de los datos utilizados, su margen de error, su ámbito de aplicación y su carácter decisorio o no decisorio»⁶. Y, por otro lado, el derecho a «[o]btener una motivación comprensible en lenguaje natural de las decisiones que se adopten en el entorno digital, con justificación de las normas jurídicas relevantes, tecnología empleada, así como de los criterios de aplicación de las mismas al caso»; al que se añade a continuación el derecho del interesado «a que se motive o se explique la decisión administrativa cuando esta se separe del criterio propuesto por un sistema automatizado o inteligente»⁷.

Y, por último, el apartado séptimo de este artículo XVIII establece que «[s]erá necesaria una evaluación de impacto en los derechos digitales en el diseño de los algoritmos en el caso de adopción de decisiones automatizadas o semiautomatizadas».

El artículo XVIII de la Carta recoge, pues, en sus apartados sexto y séptimo —junto a alguna pura remisión al legislador, como sucede con el acceso al código fuente— un extenso listado de derechos y garantías, algunos de los cuales evocan directamente reglas e instituciones establecidas en el Reglamento General de Protección de Datos (prohibición de no adoptar decisiones totalmente automatizadas salvo que lo autorice el legislador estatal con las necesarias garantías, evaluaciones de impacto, etc.).

Asimismo hemos de hacernos eco del artículo XXV que la Carta encomienda a los «Derechos ante la inteligencia artificial», toda vez que se reiteran los compromisos en materia de transparencia. Más concretamente, su apartado segundo establece al respecto: «En el desarrollo y ciclo de vida de los sistemas de inteligencia artificial: a) Se deberá garantizar el derecho a la no discriminación cualquiera que fuera su origen, causa o naturaleza, en relación con las decisiones, uso de datos y procesos basados en inteligencia artificial. b) Se establecerán condiciones de transparencia, auditabilidad, explicabi-

⁶ Junto a este derecho, la letra b) del apartado sexto del artículo XVIII prevé que «[l]a ley podrá regular las condiciones de transparencia y el acceso al código fuente, especialmente con objeto de verificar que no produce resultados discriminatorios».

⁷ Los otros derechos mencionados en este apartado sexto que no tienen una relación directa con el tema analizado son el derecho a que «las decisiones y actividades en el entorno digital respeten los principios de buen gobierno y el derecho a una buena Administración digital, así como los principios éticos que guían el diseño y los usos de la inteligencia artificial» (a); y el derecho a que «la adopción de decisiones discrecionales quede reservada a personas, salvo que normativamente se prevea la adopción de decisiones automatizadas con garantías adecuadas» (d).

lidad, trazabilidad, supervisión humana y gobernanza. En todo caso, la información facilitada deberá ser accesible y comprensible. c) Deberán garantizarse la accesibilidad, usabilidad y fiabilidad.»⁸

En resumidas cuentas, la Carta contiene un más que razonable catálogo de derechos frente a los sistemas automatizados de toma de decisiones empleados por las Administraciones públicas. Su finalidad es, obviamente, la de servir de orientación y criterio a las diferentes Administraciones que decidan avanzar en la senda de un empleo razonable de las decisiones basadas en algoritmos⁹. Naturaleza de pauta o línea directriz que la Carta quiso reforzar explícitamente respecto del nivel de gobierno estatal cuando aclara su «Eficacia» en el artículo XXVIII: «El Gobierno adoptará las disposiciones oportunas, en el ámbito de sus competencias, para garantizar la efectividad de la presente Carta».

En el último apartado del trabajo comprobaremos en qué medida las propuestas de la Carta han ido abriéndose paso en la práctica con motivo de su recepción en normas jurídicamente exigibles.

Pero antes —claro está— tendremos que examinar cuál es el nivel de transparencia algorítmica en el sector público que ya había alcanzado nuestro ordenamiento en virtud de los dos grandes bloques normativos que inciden en la materia: los que regulan la protección de datos personales, por una parte, y la transparencia de las Administraciones públicas, por otro lado¹⁰.

⁸ Y su apartado tercero concluye con el reconocimiento de determinados derechos: «Las personas tienen derecho a solicitar una supervisión e intervención humana y a impugnar las decisiones automatizadas tomadas por sistemas de inteligencia artificial que produzcan efectos en su esfera personal y patrimonial.»

⁹ La Carta dedica su artículo XXVII a la «Garantía de los derechos digitales», en donde claramente se refleja su naturaleza de *soft law* (remisiones a la legislación vigente, compromisos de que se promoverán actuaciones, etc.): «1. Todas las personas tienen derecho a la tutela administrativa y judicial de sus derechos en los entornos digitales de acuerdo con lo dispuesto en la legislación vigente. 2. Asimismo, se promoverá la garantía de los derechos reconocidos en esta Carta en el marco de las relaciones con la Administración de Justicia y, particularmente, los derechos relacionados con la inteligencia artificial, cuando se recurra a ésta para la utilización o el desarrollo de sistemas de soporte a las decisiones o de herramientas de justicia predictiva. 3. Se promoverán mecanismos de autorregulación, control propio y procedimientos de resolución alternativa de conflictos, con la previsión de incentivos adecuados para su utilización con arreglo a la normativa vigente. 4. Se promoverá la evaluación de las leyes administrativas y procesales vigentes a fin de examinar su adecuación al entorno digital y la propuesta en su caso de reformas oportunas en garantía de los derechos digitales.»

¹⁰ Es de cita obligada el muy documentado trabajo de GUTIÉRREZ DAVID, M. E., «Administraciones inteligentes y acceso al código fuente y los algoritmos públicos. Conjutando riesgos de cajas negras decisionales», en: *Derecom*, 30, 2021, pp. 143-228 (<https://www.derecom.com/derecom/>; última lectura: 28 de febrero de 2023). Las numerosas referencias jurisprudenciales y bibliográficas que contiene, atinentes no sólo a España sino también a los principales países de nuestro entorno, me han sido de gran utilidad en la confección de este trabajo.

II. EL ACCESO AL CONOCIMIENTO DE LOS ALGORITMOS UTILIZADOS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LA NORMATIVA REGULADORA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

La toma de datos automatizada tiene una regulación específica en el artículo 22 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo (Reglamento general de protección de datos, en adelante RGPD)¹¹, que comienza en su apartado primero consagrando una regla general, a saber, la prohibición de que pueda adoptarse una decisión fundamentada exclusivamente en el tratamiento automatizado de datos: «Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar».

Sin embargo, este derecho a no ser objeto de decisiones totalmente automatizadas consagrado en el primer apartado del artículo 22.1 RGPD no se configura como una regla absoluta, incondicionada, toda vez que acto seguido su apartado segundo apunta las diversas excepciones a la misma: «El apartado 1 no se aplicará si la decisión: a) es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento; b) está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o c) se basa en el consentimiento explícito del interesado».

Conviene notar que es el supuesto b) el que parece llamado a servir de cobertura para la adopción de decisiones plenamente automatizadas en el ámbito de las relaciones Administración/administrados, habida cuenta del papel absolutamente marginal que el RGPD atribuye al consentimiento como base de licitud del tratamiento por parte de las Administraciones públicas¹². Comoquiera que sea, el art. 22.2 RGPD úni-

¹¹ Para un más detenido tratamiento de la cuestión en el RGPD, véase MEDINA GUERRERO, M., «El derecho a conocer los algoritmos utilizados en la toma de decisiones. Aproximación desde la perspectiva del derecho fundamental a la protección de datos personales», en: *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 49, 2022, pp. 141-171.

¹² Según aclara el Considerando 43: «Para garantizar que el consentimiento se haya dado libremente, este no debe constituir un fundamento jurídico válido para el tratamiento de datos de carácter personal en un caso concreto en el que exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento, en particular cuando dicho responsable sea una autoridad pública y sea por lo tanto improbable que el consentimiento se haya dado libremente en todas las circunstancias de dicha situación particular». Así, pues, como regla general, cuando de tratamientos de Administraciones públicas se trata, será preciso acudir a otras bases jurídicas más adecuadas [HUERGO LORA, A., «Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho Administrativo», en: HUERGO LORA, A. (dir.) *La regulación de los algoritmos*, Thomson Reuters Arazandi, Cizur Menor, 2020, p. 57; VILASAU SOLANA, M., «El consentimiento general y de menores», en: RALLO LOMBARTE, A. (dir.), *Tratado de protección de datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 201; VALERO TORRIJOS, J., «Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 58, 2019, p. 90].

camente vincula expresamente con este supuesto b) la exigencia de que se establezcan «medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado».

Exigencia que, sin embargo, el apartado tercero del art. 22 RGPD sí va a extender a los restantes supuestos, aunque con la importante singularidad de que respecto de ellos sí se impongan unas específicas garantías mínimas: «En los casos a que se refiere el apartado 2, letras a) y c), el responsable del tratamiento adoptará las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión».

II.1. LAS REGLAS DE TRANSPARENCIA APLICABLES A LAS DECISIONES BASADAS EN TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE DATOS

El principio de transparencia del tratamiento consagrado en el artículo 5.1 a) RGPD tiene dos principales manifestaciones a lo largo del propio Reglamento. Por una parte, se proyecta en el establecimiento de específicos deberes de información que se imponen al responsable del tratamiento, tanto cuando los datos personales los recaba del propio interesado (art. 13 RGPD) como si no los obtiene de él (art. 14 RGPD). Y, por otro lado, se plasma en el derecho del interesado a acceder a sus datos personales y a determinada información en los términos previstos en el artículo 15 RGPD.

Pues bien, con independencia de que los tratamientos automatizados de datos entren o no en el ámbito de cobertura del artículo 22 RGPD, es obvio que a todos ellos se extiende la obligación genérica de los responsables de suministrar la información básica aludida en el primer apartado de los artículos 13 y 14 RGPD¹³, así como las exigencias informativas previstas en su apartado segundo que resulten de general aplicación. En relación con la información mencionada en el primer apartado —la frecuentemente denominada «primera capa»—, conviene destacar la obligación de que se dé cuenta a los interesados de los fines del tratamiento y la base jurídica del mismo [art. 13.1.c) y art. 14.1.c)]. Y en virtud de estas previsiones, según ha declarado el Grupo

¹³ Según establece el primer apartado del artículo 14 RGPD: «Cuando los datos personales no se hayan obtenido del interesado, el responsable del tratamiento le facilitará la siguiente información: a) la identidad y los datos de contacto del responsable y, en su caso, de su representante; b) los datos de contacto del delegado de protección de datos, en su caso; c) los fines del tratamiento a que se destinan los datos personales, así como la base jurídica del tratamiento; d) las categorías de datos personales de que se trate; e) los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos personales, en su caso; f) en su caso, la intención del responsable de transferir datos personales a un destinatario en un tercer país u organización internacional y la existencia o ausencia de una decisión de adecuación de la Comisión, o, en el caso de las transferencias indicadas en los artículos 46 o 47 o el artículo 49, apartado 1, párrafo segundo, referencia a las garantías adecuadas o apropiadas y a los medios para obtener una copia de ellas o al hecho de que se hayan prestado».

de trabajo sobre protección de datos del artículo 29, «debe aclararse al usuario el hecho de que el tratamiento tiene fines tanto de a) elaboración de perfiles como de b) adopción de una decisión sobre la base del perfil generado»¹⁴.

Estas exigencias de transparencia se intensifican, ciertamente, cuando se trata de toma de decisiones plenamente automatizadas en el marco de lo previsto en el artículo 22 RGPD. En efecto, en estos casos el apartado segundo de los artículos 13 y 14 RGPD impone a los responsables del tratamiento que informen además sobre: «la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, a que se refiere el artículo 22, apartados 1 y 4, y, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado» [art. 13.2.f) y art. 14.2.g)].

Y en la hipótesis de que alguien que no haya obtenido tal información del responsable sospeche que sus datos son empleados en esos procedimientos de toma de decisiones totalmente automatizadas, o sencillamente haya tenido conocimiento de que es objeto de una decisión de tal naturaleza, el artículo 15.1.h) RGPD —que reproduce literalmente idéntica formulación que el art. 13.2.f) y el art. 14.2.g) RGPD— le confiere el derecho de acceder a la misma.

Reina, sin embargo, un acuerdo prácticamente generalizado en entender que proporcionar «información significativa sobre la lógica aplicada» no equivale a exigir el acceso directo al algoritmo o a su código fuente.

Por una parte, se argumenta que este acceso no es necesario para que el afectado pueda comprobar la corrección de la decisión y esté en condiciones de hacer valer los derechos que le atribuye el RGPD¹⁵. En efecto, por lo general el afectado no tendrá interés en conocer el entero algoritmo o el código fuente, sino que antes bien su interés se concentra en saber qué hace el algoritmo a partir de sus datos y para qué¹⁶.

Y por otro lado se ha esgrimido que la apertura al afectado del entero algoritmo no sería por lo general compatible con la tutela de los secretos comerciales y del derecho a la propiedad intelectual sobre los programas informáticos¹⁷, cuya salvaguarda se exige

¹⁴ *Directrices sobre decisiones individualizadas automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*, del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29, adoptadas el 3 de octubre de 2017 y revisadas el 6 de febrero de 2018 (WP215rev.01), p. 18.

¹⁵ KAMINSKI, M. E., «The Right to Explanation, Explained», en: *University of Colorado Law Legal Studies Research Paper* No. 18-24, *Berkeley Technology Law Journal* Vol. 34, No.1, 2019, p. 19 (disponible en <https://ssrn.com/abstract=3196985>, así como en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.319695>); MARTINI, M.; NINK, D., «Wenn Maschinen entscheiden ... — vollautomatisierte verfahren und der Persönlichkeitsschutz», en: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht-Extra*, 10, 2017, pp. 10-11.

¹⁶ En esta línea, WEICHERT, T., «Die verfassungsrechtliche Dimension der Algorithmenkontrolle», en: *Datenschutz Nachrichten* 3/2018, p. 134.

¹⁷ BUCHNER, B., «Comentario al artículo 22», en: KÜHLING, J.; BUCHNER, B. (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar*, 2. Auflage, C. H. Beck, München, 2018, p. 517; KÜHLING, J.; MARTINI, M. et al., *Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht. Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf*, Verlagshaus Monsenstein und Vannerdat, Münster, 2016, pp. 65-66.

taxativamente en el Considerando 63: «Todo interesado debe... tener el derecho a conocer y a que se le comuniquen, en particular, [...] la lógica implícita en todo tratamiento automático de datos personales y, por lo menos cuando se base en elaboración de perfiles, las consecuencias de dicho tratamiento. [...] Este derecho no debe afectar negativamente a los derechos y libertades de terceros, incluidos los secretos comerciales o la propiedad intelectual y, en particular, los derechos de propiedad intelectual que protegen programas informáticos».

Así, pues, según se desprende del marco trazado por el RGPD, parece evidente que el tope máximo de información algorítmica que puede suministrarse sin quebrantar el secreto comercial o el derecho a la propiedad intelectual no puede llevarse hasta el extremo de exigir la transmisión de conocimientos técnicos esenciales (*know how*) que se quieren mantener confidenciales ni, mucho menos, la totalidad del algoritmo. Y, en este sentido, el Grupo de trabajo sobre protección de datos del artículo 29 ha sostenido que el «RGPD exige que el responsable del tratamiento ofrezca información significativa sobre la lógica aplicada, no necesariamente una compleja explicación de los algoritmos utilizados o la revelación de todo el algoritmo»¹⁸.

Esta operatividad en la práctica de los referidos límites ya se había puesto de manifiesto antes de la aprobación del RGPD, como lo atestigua la Sentencia del Tribunal Supremo alemán en el caso SCHUFA, de 28 de enero de 2014 —VI ZR 156/13—¹⁹, probablemente la más relevante referencia jurisprudencial europea que abordó frontalmente la cuestión en el marco de la anterior Directiva 95/46, de 24 de octubre de 1995. En esta resolución, la referencia al límite de los secretos comerciales efectuada en el Considerando 41 de la Directiva sirvió para realizar una lectura restrictiva del derecho de acceso a la información de los afectados (§ 33), llegando a la conclusión de que no resultaba obligado trasladarles la fórmula de evaluación (*Scoreformel*) utilizada para determinar la solvencia de los que pretenden acceder a un préstamo. El deber de información del responsable del tratamiento —argumenta el Tribunal Supremo— se circunscribe a poner en conocimiento del interesado los datos personales tomados en consideración y su influencia en la concreta evaluación realizada. El objetivo, pues, de la información a suministrar es que sea visible para el afectado qué específicas circunstancias se incorporaron en el cálculo de su nivel de solvencia. Sin embargo, el deber de informar no se extiende a los elementos abstractos del sistema de calificación (*Scorecard*) en sus detalles, como los grupos de comparación y su ponderación (§ 29).

¹⁸ *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas...* op. cit., nota 14, p. 28.

¹⁹ SCHEJA, K., «Schutz von Algorithmen in Big Data Anwendungen», en: *Computer und Recht*, 8/2018, p. 487; SCHULTE, U.; TIMM, M., «Entscheidungsanmerkung zu dem Urteil des Bundesgerichtshofes vom 28.1.2014 — VI ZR 156/13. Umfang des Auskunftsanspruches gegen die Schufa-Scorewerte», *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 17/2014, pp. 1235-1239.

II.2. EL DERECHO DEL AFECTADO A RECIBIR UNA EXPLICACIÓN DE LA ESPECÍFICA DECISIÓN ADOPTADA

Admitido generalizadamente que el RGPD no reconoce la posibilidad de acceder directamente al entero algoritmo o al código fuente, el principal interrogante suscitado por el RGPD en la materia que nos ocupa reside en determinar si del mismo cabe derivar un derecho del interesado a que se le explique la concreta decisión automatizada de la que ha sido objeto.

En buena medida aquellos que sostienen la existencia de un derecho de explicación sobre decisiones específicas lo fundamentan en una lectura integradora del artículo 15 en combinación con el artículo 22 RGPD (señaladamente su apartado tercero) y el Considerando 71²⁰.

Recuérdese que el apartado tercero del art. 22 RGPD viene a establecer unas garantías mínimas en el caso de que las decisiones totalmente automatizadas se adopten en el marco de la conclusión o el cumplimiento de un contrato, o bien mediando el previo consentimiento del afectado [los supuestos contemplados en el art. 22.2 a) y c) RGPD]; a saber: «el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión».

Bajo este prisma, se ha defendido una lectura funcional del derecho de acceso a la información tendente a preservar dichas garantías mínimas explicitadas en el art. 22.3 RGPD, según la cual la explicación de la concreta decisión puede considerarse una premisa casi inexcusable para que tales derechos sean verdaderamente eficaces y operativos, señaladamente el que reconoce al afectado la capacidad de impugnar la decisión²¹.

Y, por su parte, el Considerando 71 opera como elemento central en esta línea argumental, toda vez que es en el único lugar del Reglamento donde aparece explíci-

²⁰ SELBST, A. D.; POWLES, J., «Meaningful information and the right to explanation», en: *International Data Privacy Law*, 2017, Vol. 7, No. 4, p. 233 y ss. [doi:10.1093/idpl/ix022]; BRKAN, M., «Do Algorithms Rule the World? Algorithmic Decision-Making in the Framework of the GDPR and Beyond», en: *International Journal of Law and Information Technology*, 11 January 2019, p. 15 (he utilizado la versión disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3124901). Véase asimismo FRANCK, L., «Comentario al artículo 15», en: GOLLA, P.; HECKMANN, D. (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung VO (EU) 2016/679. Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar*, 3ª edición, C. H. Beck, München, 2022, p. 487.

²¹ En este sentido, se ha sostenido que el test sobre si la información a suministrar es o no «significativa» debe ser funcional, vinculando la misma con alguna acción que la explicación posibilite al afectado, como sucede con el derecho a impugnar la decisión (SELBST, A. D./POWLES, J., *op. cit.*, nota 20, p. 236; KAMINSKI, M. E., *op. cit.*, nota 16, p. 20). Incluso los que se inclinan por negar la existencia de un derecho a la explicación sobre decisiones específicas derivado directamente del RGPD admiten que la jurisprudencia puede interpretar ampliamente las garantías mínimas del art. 22.3 RGPD para reconocerlo, sobre la base de que la explicación es necesaria para que el afectado exprese su punto de vista e impugne la decisión [WACHTER, S.; MITTELSTADT, B.; FLORIDI, L., «Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation», en: *International Data Privacy Law*, 2017, Vol. 7, No. 2, p. 91 (doi:10.1093/idpl/ix005)].

tamente la idea de la existencia de un derecho a la explicación sobre decisiones ya adoptadas:

«[...] se deben permitir las decisiones basadas en tal tratamiento [automatizado], incluida la elaboración de perfiles, si lo autoriza expresamente el Derecho de la Unión o de los Estados miembros aplicable al responsable del tratamiento, incluso con fines de control y prevención del fraude y la evasión fiscal, realizada de conformidad con las reglamentaciones, normas y recomendaciones de las instituciones de la Unión o de los órganos de supervisión nacionales y para garantizar la seguridad y la fiabilidad de un servicio prestado por el responsable del tratamiento, o necesario para la conclusión o ejecución de un contrato entre el interesado y el responsable del tratamiento, o en los casos en los que el interesado haya dado su consentimiento explícito. En cualquier caso, dicho tratamiento debe estar sujeto a las garantías apropiadas, entre las que se debe incluir la información específica al interesado y *el derecho* a obtener intervención humana, a expresar su punto de vista, *a recibir una explicación de la decisión tomada después de tal evaluación* y a impugnar la decisión» (el énfasis es nuestro).

Pues bien, según refleja el fragmento transcrito, el Considerando 71 viene a incluir el derecho a recibir una explicación junto a las garantías mínimas establecidas en el art. 22.3 RGPD; precepto este último que vincula únicamente tales garantías con los supuestos a) y c) del art. 22.2 RGPD (decisiones necesarias para la celebración o ejecución de un contrato; decisiones basadas en el consentimiento explícito del interesado). En relación con estos supuestos, podría sostenerse que el reconocimiento del derecho a la explicación no resulta incompatible con lo dispuesto en el art. 22.3 RGPD, ya que cabría considerarlo fruto de una lectura funcional e integradora del precepto perfectamente posible: una explicación de la específica decisión tomada se concibe como un paso previo conveniente para que puedan desplegar su eficacia las garantías mínimas consagradas en el art. 22.3 RGPD, especialmente los derechos del afectado a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión²².

Diferente puede ser la apreciación respecto del supuesto contemplado en la letra b) del artículo 22.2 RGPD (decisiones autorizadas por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros), que queda extramuros del ámbito de aplicación del art. 22.3 RGPD y al que, por tanto, no se proyectan directa, necesariamente, las repetidas garantías mínimas. Y no debe de ser motivo de extrañeza esta distinta regulación entre ambas categorías de supuestos, habida cuenta de los diferentes destinatarios que tienen los correspondientes preceptos: mientras que el art. 22.3 RGPD, en relación con los supuestos a) y c) del art. 22.2 RGPD, se dirige directamente a los responsables del

²² A esta dirección parece apuntar el Grupo de trabajo del artículo 29 al efectuar en el Anexo 2 las observaciones correspondientes al art. 22.3 RGPD y al Considerando 71 (*Directrices sobre decisiones individuales automatizadas... op. cit.*, nota 14, p. 40).

tratamiento imponiéndoles determinadas garantías mínimas; cuando del supuesto b) se trata, el art. 22.2 RGPD tiene como destinatario a los Estados miembros, atribuyéndoles un cierto margen de maniobra para desviarse de la regulación del RGPD en lo concerniente a la concretización de cuáles sean «las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado». A lo sumo, las garantías mínimas en las que el art. 22.3 RGPD viene a concretar las «medidas adecuadas» para los supuestos a) y b) servirían como líneas orientadoras para los legisladores nacionales, pero en ningún caso podrían considerarse inmediatamente vinculantes para los Estados miembros.

Por consiguiente, extender el derecho que nos ocupa al supuesto b), por considerarlo necesario para la adecuada salvaguardia de las garantías mínimas del art. 22.3 RGPD, forzaría —hasta quebrantarlo— el tenor literal del RGPD, que claramente ha querido reservar a los Estados miembros un margen de libertad de configuración en punto a la determinación de tales garantías. No hay, pues, en relación con ese supuesto un derecho a la explicación que nazca directamente del RGPD: es precisa, en suma, una actuación legislativa interna que haga aflorarlo.

Dicho esto, no puede dejar de notarse que en el ámbito de las relaciones Administración/administrados —al que resulta especialmente de aplicación el reiterado supuesto b)— un deber de explicación o motivación de las concretas decisiones automatizadas sería en todo caso constitucionalmente exigible, pero no ya como una exigencia derivada del derecho fundamental a la protección de datos personales, sino como una obligación impuesta por manifestaciones esenciales del principio del Estado de Derecho como las contenidas en los artículos 9.3 y 106.1 CE²³.

II.3. LA LIMITADA TRANSPARENCIA ALGORÍTMICA SALVAGUARDADA POR EL RGPD

Tras este examen a vuela pluma del estado de la cuestión en el RGPD —que en ningún modo se ha visto matizado o afectado por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, ya que nada nuevo dice en relación con el derecho a la información en este ámbito—, se hace evidente lo estrecho de este cauce para acceder a los algoritmos empleados por las Administraciones públicas en su toma de decisiones.

²³ En este sentido, PONCE SOLÉ ha considerado el derecho a la explicación de las decisiones administrativas una exigencia genérica derivada del derecho a la buena administración, que a su vez está vinculado con la prohibición de la arbitrariedad del artículo 9.3 CE («Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento debido tecnológico», en: *Revista General de Derecho Administrativo* 50, 2019, pp. 39-40). Véase asimismo SORIANO ARNAZ, A. «Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos», en: *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 3, 2021, pp. 101-102.

En primer término, excluido el acceso directo al algoritmo o a su código fuente según la interpretación prácticamente unánime del RGPD en virtud de los límites de la propiedad intelectual e industrial y del secreto empresarial, únicamente cabe hablar —hoy por hoy— del derecho a que se informe sobre la «lógica aplicada» [art. 15.1.h) RGPD] y, a lo sumo, de un derecho a la explicación de la concreta decisión individual adoptada con base en algoritmos (en aplicación del artículo 22.3 RGPD en conexión con el Considerando 71). Y aun asumiendo que del RGPD nazca directamente ese derecho a la explicación, ha de notarse, por una parte, que el mismo únicamente sería exigible frente a las decisiones totalmente automatizadas —que no a aquellas adoptadas por un ser humano con el auxilio de un sistema algorítmico—; y, por otro lado, que es más que dudoso que este derecho a la explicación garantizado por el RGPD se extienda al supuesto b) del artículo 22.2 RGPD, que es precisamente el que habitualmente será de aplicación a los casos de toma de decisiones totalmente automatizadas por las Administraciones públicas²⁴.

En segundo lugar, debe tenerse presente que la posibilidad de acceder a esa información sobre la decisión basada en algoritmos tan sólo corresponde a la concreta persona física objeto de la decisión. Esta restricción plantea un doble orden de problemas.

Primero, dificulta que pueda combatirse eficazmente el potencial discriminatorio de los algoritmos. En efecto, si únicamente es dable acceder a la explicación de la concreta decisión individualizada que afecta al titular del derecho, resulta más que complicado enjuiciar si el diseñado proceso algorítmico de toma de decisiones incorpora una discriminación sistémica, al introducir sesgos negativos para una determinada clase o grupo de la población.

Segundo, el acceso a la información algorítmica por parte del concreto individuo afectado quizá tampoco asegure una transparencia verdaderamente operativa, habida cuenta de las dificultades de comprensión que la misma puede entrañar para cualquier ciudadano que no tenga unos mínimos conocimientos técnicos.

Ambos problemas podrían de algún modo mitigarse si se habilitara la presencia de entidades expertas en la materia que actuaran en representación de los afectados en el procedimiento de acceso a la información algorítmica²⁵. Y algunas vías abre al respecto el propio RGPD en su artículo 80.

En su apartado primero, reconoce a los interesados el «derecho a dar mandato a una entidad, organización o asociación sin ánimo de lucro [...] cuyos objetivos estatutarios sean de interés público y que actúe en el ámbito de la protección de los derechos y libertades de los interesados en materia de protección de sus datos personales, para

²⁴ En contra de la aplicación a este supuesto, WACHTER, S.; MITTELSTADT, B.; FLORIDI, L., *op. cit.*, nota 21, pp. 93-94.

²⁵ Véase, por ejemplo, EDWARDS, L.; VEALE, M., «Enslaving the Algorithm: From a «Right to an Explanation» to a «Right to Better Decisions?»», en: *IEEE Security & Privacy* (2018) 16(3), pp. 46—54 (doi:10.1109/MSP.2018.2701152).

que presente en su nombre la reclamación, y ejerza en su nombre los derechos contemplados en los artículos 77 [derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control], 78 [derecho a la tutela judicial efectiva contra una autoridad de control] y 79 [derecho a la tutela judicial efectiva contra un responsable o encargado del tratamiento], y el derecho a ser indemnizado mencionado en el artículo 82, si así lo establece el Derecho del Estado miembro».

El artículo 80.1 RGDPR permite, por tanto, que los afectados recurran a entidades especializadas para tutelar su pretensión de acceder a la información algorítmica; y facilita asimismo que tales entidades presenten «acciones colectivas en nombre de un grupo más o menos amplio de interesados, acumulando las diferentes acciones individuales en un único asunto que será examinado por el juez o tribunal competente»²⁶. Ahora bien, esta fórmula —que paliaría la falta de conocimientos técnicos de los concretos afectados y articularía una mejor defensa frente a los algoritmos discriminatorios— se supedita a una condición *sine qua non*: su establecimiento por el Derecho de los diferentes Estados miembros.

Y el apartado segundo del artículo 80 RGDPR habilita otro cauce para que las entidades puedan operar en este ámbito, al autorizar expresamente a todo Estado miembro a atribuirles, «con independencia del mandato del interesado, derecho a presentar en ese Estado miembro una reclamación ante la autoridad de control que sea competente en virtud del artículo 77 y a ejercer los derechos contemplados en los artículos 78 y 79, si considera que los derechos de los interesados con arreglo al presente Reglamento han sido vulnerados como consecuencia de un tratamiento».

Una y otra vía, sin embargo, dependen de la decisión de los correspondientes Estados miembros²⁷. Y, en lo que a España concierne, éste es otro ámbito del RGDPR susceptible de desarrollo normativo desaprovechado por el legislador, habida cuenta de que ninguna previsión incorporó al respecto la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales²⁸.

En este contexto, no es de extrañar que de modo generalizado las miradas se dirijan a las respectivas leyes reguladoras del acceso a la información pública para superar la opacidad de la toma de decisiones automatizadas, toda vez que extienden su ámbito

²⁶ VILLALBA CANO, L., «La representación de los interesados (Comentario al artículo 80 RGDPR)», en: TRONCOSO REIGADA, A. (dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Tomo II, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, p. 3023.

²⁷ Al considerarse escasamente operativa esta dimensión colectiva abierta por el art. 80 RGDPR, la apertura de las decisiones algorítmicas a periodistas y entidades especializadas se ha pretendido fundamentar en la jurisprudencia del TEDH recaída sobre el artículo 10 del Convenio [véase MAZUR, J., «Right to Access Information as a Collective-Based Approach to the GDPR's Right to Explanation in European Law», en: *Erasmus Law Review*, december 2018 | No. 3 - doi: 10.5553/ELR.000116 (disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3356770>)].

²⁸ Sobre la forma en que otros países europeos —como Francia, Bélgica o Portugal— han llevado a su legislación estas habilitaciones del RGDPR, véase VILLALBA CANO, L., *op. cit.*, nota 26, pp. 3022-3028.

de aplicación, no sólo a los concretos afectados, sino también a la sociedad en su conjunto y, particularmente, a la prensa²⁹. Así es; dada la amplitud con que suele configurarse la titularidad del derecho de acceso *ex* legislación de transparencia, ya que puede ser ejercitado por cualquier persona física o jurídica aunque no sea objeto de una decisión basada en algoritmos, se abre el paso a que expertos en la materia (periodismo de investigación, ONG's, etc) puedan desentrañar el proceso automatizado de toma de decisiones. A este respecto, es de justicia destacar el importante papel que el periodismo especializado está llamado a desempeñar —de hecho, está ya desempeñando— en el fomento de la transparencia y la rendición de cuentas de los sistemas algorítmicos de toma de decisiones³⁰, como lo acredita su presencia en la puesta en marcha de una de las más relevantes organizaciones no gubernamentales europeas que operan en este ámbito, *Algorithm Watch*³¹.

En suma, los notables condicionantes y obstáculos derivados de la normativa reguladora de la protección de datos para el acceso a la toma de decisiones automatizadas pueden verse sustancialmente compensados, cuando de Administraciones Públicas se trata, por la legislación reguladora de la transparencia³². Sobre la premisa de entender que los algoritmos empleados por aquéllas son «información pública» a los efectos de esta legislación, el acceso se extendería a todo proceso de toma de decisiones automatizadas, con independencia por tanto de si hay o no intervención humana y de la naturaleza e intensidad de la misma. Por otro lado, la pretensión de acceder tampoco tendría ningún condicionante material que operase apriorísticamente, por lo que, en línea de principio, cabría solicitar el acceso a la totalidad del algoritmo o a su código fuente.

La cuestión, sin embargo, no es tan sencilla, pues —como comprobaremos en las siguientes páginas— las diferentes normativas reguladoras de la transparencia plantean no pocos interrogantes al respecto, además de establecer condicionantes y restricciones al acceso a la información que resultan señaladamente de aplicación a la materia que nos ocupa.

²⁹ En este sentido, BLOCH-WEHBA, H., «Access to Algorithms», en: *Fordham Law Review* Vol. 88, 2020, p. 1269.

³⁰ Sector periodístico que se vio sin duda agitado por el debate suscitado a raíz de los trabajos de Nicholas DIAKOPOULOS [«Algorithmic Accountability Reporting: On the Investigation of Black Boxes», Columbia Journalism School, Tow Center for Digital Journalism, 2014 (<https://doi.org/10.7916/D8ZK-5TW2>); así como «Algorithmic Accountability. Journalistic investigation of computational power structures», en: *Digital Journalism*, 2014 (<https://dx.doi.org/10.1080/21670811.2014.976411>)].

³¹ Véase al respecto SPIELKAMP, M., «AlgorithmWatch: What Role Can a Watchdog Organization Play in Ensuring Algorithmic Accountability?», en: CERQUITELLI, T.; QUERCIA, D.; PASQUALE, F. (Eds.), *Transparent Data Mining for Big and Small Data*, Springer, 2017, pp. 207-215.

³² En este sentido, PALMA ORTIGOSA, A., «Decisiones automatizadas en el RGPD. El uso de algoritmos en el contexto de protección de datos», en: *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, 2019, p. 26.

III.LA APERTURA DE LOS SISTEMAS ALGORÍTMICOS UTILIZADOS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LA LEGISLACIÓN REGULADORA DE LA TRANSPARENCIA

III.1. LA CONSIDERACIÓN DE LOS ALGORITMOS COMO «INFORMACIÓN PÚBLICA» A LOS EFECTOS DE LAS LEYES DE TRANSPARENCIA

III.1.1. *Aproximación desde el Derecho Comparado*

Desde el momento en que las Administraciones comenzaron a utilizar de forma habitual las nuevas tecnologías (software, programas de ordenador etc.)³³, surgieron las dudas acerca de si esas tecnologías en sí mismas consideradas podían catalogarse como «información pública» a los efectos de las correspondientes leyes reguladoras del derecho de acceso a la información.

En aras de la sistematización, son esencialmente dos los enfoques que se han empleado en Derecho Comparado para valorar si los programas de ordenador utilizados por las Administraciones públicas (y, más específicamente, los algoritmos que los integran y sus códigos fuente) forman parte del ámbito material protegido por el derecho de acceso a la información. Frente a la línea que sostiene que sí constituyen información pública a la luz de la definición de este concepto en su correspondiente marco normativo; otros tienden a negar que puedan catalogarse como tales, al tratarse de meras herramientas técnicas que *per se* no aportan datos y por tanto no contienen información.

Tras una primera aproximación al tema en varios países de nuestro entorno, cabe ya adelantar —con las matizaciones que se verán— que el principal criterio que opera al respecto reside en comprobar si el programa informático utilizado se vincula directamente con el objetivo esencial de la legislación de transparencia: el control por parte de la opinión pública de las decisiones adoptadas por las diferentes Administraciones. Resulta, por tanto, determinante la distinción entre informática instrumental e informática decisional³⁴.

³³ No existe en la Unión Europea, a nivel jurídico, una clara diferenciación entre los conceptos programa de ordenador (*computer program*) y software de ordenador (*computer software*). De ahí que la tendencia general sea que los términos software y programa se utilicen como sinónimos [en este sentido, SCHNEIDER, J., «Urheberrechtsschutz für Software», en: SCHNEIDER, J. (ed.), *Handbuch EDV-Recht: IT-Recht mit IT-Vertragsrecht, Datenschutz, Rechtsschutz und E-Business*, Otto Schmidt KG, 2017, p. 1031; FERNÁNDEZ MASÍA, E., *La protección de los programas de ordenador en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 39-41]. No obstante, en las «Disposiciones tipo sobre la protección del software de ordenador» (*Model Provisions on the Protection of Computer Software*), que aprobó en el año 1977 la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, la noción de «software de ordenador» definida en su Sección 1ª se configura como un concepto más amplio, por cuanto el «programa de ordenador» aparece como la materia protegida por aquella o una de las materias protegidas junto a la «descripción del programa» y el «material de apoyo» [estas *Model Provisions* fueron publicadas en *Copyright. Monthly Review of the World Intellectual Property Organization (WIPO)*, January 1978, p. 66 y ss].

³⁴ Véase GUTIÉRREZ DAVID, M. E., *op. cit.*, nota 10, pp. 159-160. En efecto, como ha sostenido BOIX PALOP, cuando el uso de algoritmos y programas es puramente instrumental y mecánico no resulta jurídi-

Pero examinemos con más detenimiento esta cuestión, abordándola específicamente en relación con algunos países que hemos considerado representativos.

Las dudas sobre la eventual proyección de la legislación de transparencia a los programas de ordenador ya se suscitaron abiertamente en uno de los países pioneros en este ámbito, los **Estados Unidos**. Así es; en el Informe elaborado en 1990 por el Departamento de Justicia sobre la noción de «documento electrónico» (*electronic record*) en el marco de la *Freedom of Information Act* (en adelante, FOIA)³⁵, se abordó específicamente el estatus del «software de ordenador». Y el primer asunto sobre el que se interroga el informe es si el software puede considerarse «documento» en el sentido genuino del término, toda vez que por lo general se entiende que «documento» es un soporte, cualquiera que sea la forma que adopte, en el que se graba la información a fin de preservar su contenido. En consecuencia, si se trata de un software que no sirve por sí mismo para almacenar información, sino que sirve simplemente como medio para tratar la información en el seno de un sistema automatizado de procesamiento de datos, el informe se cuestiona abiertamente sobre la eventual catalogación del mismo como *record* en el sentido de la FOIA. O, como formulará el interrogante en otros términos más adelante el reiterado informe, «la cuestión reside en determinar si los elementos del software pueden más propiamente considerarse depósitos de información (como los datos), por una parte, o meras herramientas (como el hardware), por otro lado». Y en la medida en que puede haber variaciones significativas en el carácter de los diferentes elementos del software, el informe termina concluyendo que la respuesta podría variar de un elemento del software a otro.

Debe notarse, en cualquier caso, que el legislador estadounidense fue sensible a la creciente utilización de las nuevas tecnologías, de tal modo que se reformó la propia definición del concepto de «documento» (*record*) para incorporar explícitamente la actuación digital de la Administración. Frente a la más tradicional descripción de la noción de «documento» de la versión inicial de la FOIA —que incluía «todos los libros, papeles, mapas, fotografías, materiales legibles por máquinas u otros materias documentales, con independencia de su forma física o características»—, la reforma acometida en el año 2014 amplía de modo expreso su ámbito de cobertura a las nuevas tecnologías: «el término `información documentada´ incluye todas la formas tradicionales de documentos, con independencia de su forma física o características, incluyen-

camente relevante: «No hay ninguna diferencia jurídica entre escribir una resolución en una máquina de escribir o hacerlo por medio de un programa de procesamiento de textos. En la medida en que el aporte de la informática y de los programas empleados sea meramente instrumental y basado en la ayuda a operaciones de apoyo, por mucha mejora que suponga, no se altera esta realidad» («Transparencia en la utilización de inteligencia artificial por parte de la Administración», en: *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 100, septiembre-octubre 2022, 228).

³⁵ *Department of Justice Report on «Electronic Record» FOIA Issues*, Part II. FOIA Update Vol. XI, Nº 3, 1990.

do la información creada, manipulada, comunicada o almacenada en forma digital o electrónica».

Pues bien, aunque —como abundaremos más adelante al examinar el límite de la propiedad intelectual— la transparencia algorítmica encuentra un primer obstáculo en la rigurosa interpretación de la exigencia jurisprudencial de que la Administración «controle» el programa informático para que sea accesible en el marco de la FOIA³⁶, el factor determinante es apreciar si lo solicitado se acomoda a la finalidad última perseguida por la ley.

Aspectos ambos que, en alguna ocasión, se sobreponen o solapan en la argumentación jurisprudencial, como sucedió en la Sentencia del Tribunal del noveno distrito de California, de 13 de marzo de 1995 (*Baizer v. United States Department of the Air Force*)³⁷. Ante la pretensión del solicitante de que el Departamento de Defensa Aérea suministrase las Sentencias del Tribunal Supremo en formato electrónico obtenidas de la base de datos JURIS, el Tribunal enfocaría la cuestión examinando la forma en que la Administración usaba el material objeto de la solicitud de información, apoyándose expresamente en dos precedentes: «Tanto en *Tax Analysts*³⁸ como en *SDC Development* [...] los tribunales de circuito se centraron en cómo la agencia utilizó el material solicitado. Si una agencia integra material en sus archivos y se fundamenta en él para la toma de decisiones, entonces la agencia controla el material. Si, por otro lado, el material se mantiene únicamente con fines de referencia o como herramienta de investigación, entonces faltan indicios de control». A partir de esta argumentación, se llegaría a la conclusión de que la base de datos de las resoluciones del Tribunal Supremo no podía catalogarse como un «documento» de la agencia, habida cuenta de que no cabía afirmar que el Departamento de la Fuerza Aérea «controlase» las decisiones del TS en el sentido antes apuntado.

En el segundo de los precedentes mencionados —*SDC Development Corp. v. Matthews*, 542 F.2d 1116 (9th Cir.1976)— lo solicitado eran las referencias bibliográficas en materia de medicina que obraban en el banco de datos informático de la National Library of Medicine. El Tribunal, tras examinar el procedimiento de elaboración de la FOIA, llegaría a la conclusión de que «el tipo de documentos que el Congreso pretendía incluir en la disposición relativa a la divulgación pública de la FOIA eran primordialmente aquellos que tratan de la estructura, funcionamiento y proceso de toma de decisiones de las diversas agencias gubernamentales». Y en la medida en que el material

³⁶ Véase BLOCH-WEHBA, H., *op. cit.*, nota 30, p. 1299.

³⁷ 887 F. Supp. 225 (N.D. Cal. 1995).

³⁸ En esta resolución —*U.S. Dept. of Justice v. Tax Analysts*, 492 U.S. 136 (1989)— el Tribunal Supremo consideró que sí debía atenderse la pretensión del solicitante de que la División de Impuestos del Departamento de Justicia le facilitase las decisiones en materia impositiva de todos los tribunales de distrito remitidas a la misma, al considerar que controlaba tales decisiones que recibía en su condición de parte en el proceso, incorporaba en su archivo de casos y utilizaba para posibles apelaciones de las sentencias.

pretendido de la biblioteca no encajaba en esta categorización, se desestimaría la petición de acceso a tal información.

Enfoque relativo a si el programa informático se incardina al objetivo perseguido por la Ley que utilizaría asimismo el Tribunal de Distrito de Columbia en la Sentencia de 16 de enero de 1996 (*Tax Analysts II*)³⁹, en la que se resolvió la solicitud dirigida al Departamento de Justicia para que revelase su sistema JURIS (*Justice Retrieval and Inquiry System*), una base de datos electrónica. El Tribunal apoyaría la decisión denegatoria de la Administración al considerar que no ostentaba un auténtico «control» de la base de datos, puesto que tenía muy restringidas sus facultades de disposición al respecto, razón por la cual no podía catalogarse propiamente como «documento de la agencia». Pero, una vez llegada a esta conclusión, abundaría en el argumento de la finalidad de la ley:

«Finalmente, [...] no es el tipo de información que el Congreso, al aprobar la FOIA, pretendía poner a disposición del público. Como ha declarado el Tribunal Supremo, '[e]l objetivo básico de [la] FOIA es garantizar una ciudadanía informada, vital para una sociedad democrática, que necesita controlar la corrupción y hacer a los gobernantes responsables ante sus gobernados' [...] La FOIA promueve la divulgación de aquella información que informe al público de lo que está haciendo el poder ejecutivo; esto es, que revele 'información oficial' sobre la estructura y el funcionamiento de las agencias [...]. En este caso, el demandante no está buscando información sobre la estructura, el funcionamiento o los procesos de toma de decisiones del Departamento. Impedir el acceso a esta base de datos no permite al Departamento de Justicia aislarse del escrutinio público en relación con sus actividades y decisiones normativas. La base de datos no suministra información sobre la conducta del Departamento, y la divulgación de los datos no proyectaría ninguna luz sobre la conducta de ninguna agencia o funcionario».

Y, en fin, un esquema similar seguiría el Tribunal del Distrito Norte de California en la Sentencia *Gilmore*, al abordar la pretensión de acceder a CLERVER, un software de videoconferencia empleado por el Departamento de Energía⁴⁰. Tras argumentar en torno a la falta de «control» del software por parte del Departamento, abundaría en la idea de que, aun cuando realmente hubiese estado bajo su control, tampoco podría considerarse un documento sujeto a la FOIA porque no suministraba «información sobre el funcionamiento, la estructura o los procesos de toma de decisiones del gobierno».

En **Alemania**, el tratamiento de la cuestión ha estado directamente condicionado por la concepción de «información oficial» realizada en la Ley federal reguladora del

³⁹ *Tax Analysts v. US Dept. of Justice*, 913 F. Supp. 599 (D.D.C. 1996).

⁴⁰ *Gilmore v. US Dept. of Energy*, 4 F. Supp. 2d 912 (N.D. Cal. 1998).

acceso a la información⁴¹ —seguida generalizadamente por las leyes de los Länder—; o, para ser más exacto, de la interpretación jurisprudencial recaída sobre este concepto. Según se establece en su § 2(1), se entiende por «información oficial» en el sentido de dicha Ley «todo registro (*Aufzeichnung*) que sirva para fines oficiales, independientemente de cómo se almacene», y excluye expresamente del mismo a los borradores y notas que no formen parte de un procedimiento.

Una línea jurisprudencial ha tendido a considerar que los algoritmos no están cubiertos por el derecho de acceso, recurriendo para ello a una lectura estricta del requisito de que debe servir a una finalidad oficial para que pueda catalogarse una información como pública a los efectos de la Ley.

A esta dirección apunta ya la Sentencia del Tribunal Administrativo de Darmstadt, de 8 de mayo de 2019⁴², en la que se resolvió un litigio que versaba sobre la pretensión de acceder al código fuente del programa «Polara», diseñado para el desarrollo, aplicación y funcionamiento operativo de procedimientos meteorológicos. La controversia tiene su origen en el proyecto de una empresa —dedicada a la construcción y explotación de centrales eólicas— de erigir determinadas instalaciones en una concreta localidad; proyecto cuya autorización sería denegada por la autoridad administrativa competente arguyendo que la altura diseñada afectaría al funcionamiento del radar que tenía en la localidad el Servicio Meteorológico Alemán, ya que podría interferir en los algoritmos automatizados de alerta, de tal suerte que podrían emitirse avisos meteorológicos no queridos. Fue en el contexto de esta controversia con la Administración cuando la empresa solicitaría información sobre la recogida y el tratamiento de los datos de dicho radar.

Debe notarse que, en la referida Sentencia, el órgano judicial se limitaría a exponer sus serias dudas acerca de que el código fuente satisficiera los requisitos impuestos por el transcrito § 2 de la Ley federal para ser considerado «información oficial», pues no sería esta la *ratio decidendi* que le llevaría a rechazar la pretensión del solicitante, sino el hecho de que el acceso perjudicaría los intereses fiscales del Bund en el tráfico mercantil (§ 3.6 de dicha Ley). Sea como fuere, la Sentencia pone el acento en la idea de que la información solicitada «se refiere a los detalles del procesamiento y tratamiento informáticos de los datos recogidos por el radar meteorológico, esto es, se refiere casi a los detalles sobre un medio de tratamiento, pero no al contenido de la información en sí». Y, siendo esto así, satisfacer la pretensión del solicitante «significaría que la autoridad no sólo tendría que dar la información oficial que adquiriera como consecuencia del desempeño de sus tareas, sino también información sobre todos los medios de procesamiento y tratamiento, comenzando por el número de bolígrafos, lápices y hojas de papel, y pasando por las estructuras de los programas informáticos aplicados [...]». En

⁴¹ Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz), de 5 de septiembre de 2005.

⁴² VG Darmstadt, Urteil vom 08.05.2019 - 3 K 1708/17. DA.

suma, a juicio del Tribunal Administrativo de Darmstadt, resulta dudoso que estas modalidades o formas de tratamiento puedan reconducirse a la noción de «información oficial», toda vez que su definición legal apunta más al «contenido» y al «fin» del registro (*Aufzeichnung*) que a la «forma» del mismo (apartado 65).

Una clara asunción de la tesis de que los códigos fuente en sí mismos considerados son meros instrumentos técnicos exceptuados de la legislación de transparencia se desprende de la Sentencia del Tribunal Administrativo de Wiesbaden, de 17 de enero de 2022⁴³, en donde se ventilaba la pretensión de un profesor de acceder al código fuente de determinadas aplicaciones del portal web de las escuelas de Hesse⁴⁴. Acceso que le sería denegado tras llegar a la conclusión de que el código fuente no es «información oficial» en el sentido de la Ley reguladora de la libertad de información y la protección de datos del Land de Hesse⁴⁵, cuyo § 80 (1) —siguiendo muy de cerca la definición del § 2 (1) de la Ley federal reguladora del acceso a la información— cataloga como «informaciones oficiales» todo registro que sirva para fines oficiales, con independencia del modo como se almacenen.

El Tribunal reconoce, ciertamente, que el código fuente resulta determinante para conocer el funcionamiento de un programa o una aplicación, y que debe catalogarse como un «registro oficial» a los efectos de la referida Ley (apartado 53); pero no cumple, sin embargo, el segundo de los requisitos necesarios para que pueda considerarse incluido en su ámbito de aplicación, a saber, que sirva para fines oficiales. Sencillamente, el objetivo del derecho de acceso a la información pública —mejorar el control de la actuación administrativa por parte de los ciudadanos— hace que no sea necesario incluir en el ámbito de aplicación de la ley todo lo que no pueda catalogarse como actuación administrativa (apartado 55). Y —prosigue argumentando la Sentencia en su apartado 56— «la posesión del registro del código fuente no es necesaria para el desempeño de tareas públicas, ni siquiera cuando se trabaje con un programa basado en él. Así, el Land de Hesse no tiene el código fuente del sistema operativo Windows, aunque el personal que trabaja en el ámbito de la tecnología de la información se apoye de forma absolutamente esencial en este producto. En otras palabras, la información no es necesaria para la actuación administrativa, como tampoco son información pública los datos sobre las características de los bolígrafos, de las puertas de las habitaciones o de las carrocerías de los automóviles de servicio».

Por otra parte, el Tribunal del Wiesbaden llega a la misma conclusión partiendo de una interpretación teleológica del concepto de «información oficial». «El control de la actuación pública —argumenta en el apartado 57— no requiere el conocimiento de las condiciones marco de la concreta actividad pública de que se trate. Para el control de la legalidad y también de la objetividad (*Sachgerechtigkeit*) de la

⁴³ VG Wiesbaden, Urteil vom 17.01.2022 - 6 K 784/21. WI.

⁴⁴ El portal está alojado en el Ministerio de Cultura de Hesse, apareciendo como organismo ejecutor del proyecto la Academia de profesores (*Lehrkräfteakademie*).

⁴⁵ *Hessisches Datenschutz- und Informationsfreiheitsgesetz* (HDSIG), de 3 de mayo de 2018.

actuación pública, es en principio irrelevante la calidad que tenga el material de trabajo de la Administración pública. El control de la legalidad y la objetividad sólo puede afectar al control del contenido de la actuación pública. El “fin oficial” se realiza con la utilización del programa por parte del personal de la Administración, pero no requiere conocer el código fuente, que resulta únicamente accesible a los expertos en tecnología informática».

Ahora bien, concluye su razonamiento en el apartado 58 de la Sentencia, «el Tribunal no desconoce que la adquisición de material defectuoso, llegado el caso, puede ser un asunto de interés público y podría fundamentar indirectamente el derecho de acceso a la información. Si la Administración demandada elaborase un informe sobre los defectos del software adquirido o el cumplimiento de los estándares de seguridad informática, este informe entraría indudablemente en el concepto de «información oficial», porque la finalidad de la elaboración del informe tiene una finalidad pública (presupuestaria). La Ley reguladora del acceso a la información de Hesse, sin embargo, no tiene por objetivo que los ciudadanos se pongan en lugar de la Administración y revisen por su propia iniciativa la calidad del material de trabajo, generando así, consiguientemente, desde el primer momento la información oficial».

Esta concepción más restrictiva de la noción de «información pública» a los efectos del derecho de acceso no se extiende, sin embargo, a otros países de nuestro entorno más próximo. Así sucede ciertamente en el caso de **Francia**. La *Commission d'accès aux documents administratifs* (en adelante, CADA) asumió con bastante naturalidad una interpretación amplia de la noción de «documentos administrativos» establecida en la Ley nº 78-753⁴⁶, que permitía aplicar la legislación de transparencia a las nuevas tecnologías informáticas empleadas en el proceso de toma de decisiones. Ya en un Dictamen fechado el 16 de octubre de 2014 (*Avis* 20142953), que resolvía la solicitud dirigida al Consejo General del Ródano de acceder a un programa informático que había sido desarrollado por una sociedad privada, no dudó en afirmar que su objeto revestía el carácter de documento administrativo y, por tanto, que resultaba accesible a la ciudadanía, salvo —claro está— que fuesen de aplicación alguno de los límites al acceso legalmente previstos⁴⁷.

Pero sería el Dictamen relativo al código fuente del software (*logiciel*) para el cálculo del impuesto sobre la renta de las personas física el que marcaría el punto de inflexión sobre el particular (*Avis* 20144578, de 8 de enero de 2015), en la medida en

⁴⁶ Loi nº 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

⁴⁷ La versión del entonces vigente artículo 1 de la Ley nº 78-753 decía así: «Sont considérés comme documents administratifs, au sens des chapitres Ier, III et IV du présent titre, quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, les documents produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public, par l'Etat, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission. Constituent de tels documents notamment les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions et décisions».

que sería respaldado jurisprudencialmente. En efecto, esta resolución sería confirmada por el Tribunal Administrativo de París en la Sentencia de 10 de marzo de 2016⁴⁸, que vendría en consecuencia a imponer a la dirección general de finanzas públicas que comunicase al solicitante la información pretendida. Decisión a la que llegaría el Tribunal a partir de la amplia definición del concepto de documento administrativo establecida en el artículo 1 de la Ley nº 78-753, y tras valorar el hecho de que el código fuente de los programas informáticos no figurase en el listado de documentos no comunicables contenido en el artículo 6 de dicha Ley. Por lo demás, rechazó asimismo la alegación de la Administración de que se trataba de un software inacabado que se hallaba en constante evolución; sencillamente, a juicio del Tribunal, «cada versión del código fuente de un mismo programa informático reviste el carácter de documento administrativo finalizado y puede ser comunicado en ese estado».

Y poco después la CADA, en el *Avis* 20161990 de 23 de junio de 2016, insistiría en que los ficheros informáticos que contenían el código fuente o algoritmo solicitado —producidos por el Instituto tecnológico de Toulouse para el ministerio de educación nacional— eran «documentos administrativos» en el sentido del artículo L300-2 del «Código de relaciones entre el público y la administración».

En consecuencia, la sucesión de estas tres decisiones de la CADA ponía claramente de manifiesto que los programas informáticos en general, y más específicamente los algoritmos y códigos fuente que los integran, se hallan bajo el ámbito de cobertura del sistema francés de transparencia⁴⁹. Posición que, por lo demás, como hemos comprobado, se había visto ratificada jurisprudencialmente.

Con todo, el legislador francés creyó conveniente elevar de forma expresa esta lectura amplia de la noción de «documentos administrativos» a la propia legislación, y, así, el artículo 2 de la Ley nº 2016/132, de 7 de octubre de 2016, para una República digital, vino a modificar el artículo L300-2 del «Código de relaciones entre el público y la administración» para incorporar explícitamente al código fuente⁵⁰.

Antes de dar por terminadas estas líneas referentes al tratamiento de la cuestión en Francia, resulta conveniente anotar un asunto complementario al del acceso directo a los algoritmos o códigos fuente, a saber, que la legislación francesa también recoge

⁴⁸ Tribunal Administratif de Paris (5ème section — 2ème chambre). N°1508951/5-2. Lecture du 10 mars 2016.

⁴⁹ Y, más concretamente, las dos últimas decisiones las utiliza la CADA sistemáticamente como referencia en este tipo de asuntos, convirtiéndose casi en una cláusula de estilo. Véanse, por ejemplo, *Avis* 20180276, de 19 de abril de 2018; *Avis* 20182093, de 6 de septiembre de 2018; *Avis* 20203492, de 19 de noviembre de 2020; *Avis* 20204274, de 10 de diciembre de 2020; *Avis* 21210021, de 15 de abril de 2021.

⁵⁰ «Sont considérés comme documents administratifs, au sens des titres Ier, III et IV du présent livre, quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, les documents produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public, par l'État, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission. Constituent de tels documents notamment les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions, codes sources et décisions».

explícitamente la exigencia de que las Administraciones ofrezcan a los interesados información sobre el funcionamiento de los sistemas automatizados de toma de decisiones. Con ello, la legislación francesa viene a dar cumplimiento en el ámbito del sector público a las obligaciones de transparencia que impone al respecto el Reglamento General de Protección de Datos —a las que tuvimos ocasión de aproximarnos páginas atrás—, aunque ampliando notablemente su radio de acción, habida cuenta de que se proyectan también a las decisiones no totalmente automatizadas y a los casos en que los afectados por la decisión son personas jurídicas.

Así es; la recién citada Ley nº 2016/132, para una República digital, añadiría el artículo L311-3-1 al «Código de relaciones entre el público y la administración», en cuya virtud «una decisión individual adoptada sobre la base de un tratamiento algorítmico deberá incluir una declaración explícita en la que se informe al interesado. Las reglas que definen este tratamiento, así como las principales características de su aplicación, serán comunicadas por la administración al interesado si éste lo solicita».

Y el Decreto del Consejo de Estado nº 2017-330, de 14 de marzo de 2017, relativo a los derechos de las personas que sean objeto de decisiones individuales adoptadas sobre la base de un tratamiento algorítmico, fijaría las condiciones de aplicación de dicho artículo. Por una parte, incorporaría al «Código de relaciones entre el público y la administración» el artículo R311-3-1: «La mención explícita prevista en el artículo L. 311-3-1 indica la finalidad perseguida por el tratamiento algorítmico. Recuerda el derecho, garantizado por este artículo, a obtener la comunicación de las reglas que definen este tratamiento y las principales características de su aplicación, así como las modalidades de ejercicio de este derecho a la comunicación y de reclamar, en su caso, a la “Comisión de acceso a los documentos administrativos”, tal como se define en este libro». Y, por otro lado, dicho Decreto introdujo asimismo el artículo R311-3-2: «La administración comunicará a la persona que sea objeto de una decisión individual adoptada con base en un tratamiento algorítmico, a petición de esta, de forma inteligible y siempre que no vulnere secretos protegidos por la ley, la siguiente información: 1º el grado y modo de contribución del tratamiento algorítmico a la toma de decisiones; 2º los datos tratados y sus fuentes; 3º los parámetros del tratamiento y, en su caso, su ponderación, aplicados a la situación del interesado; 4º las operaciones realizadas por el tratamiento».

Estas exigencias de transparencia, que entraron en vigor el 1 de septiembre de 2017, muy pronto demostraron su eficacia en la práctica, como lo acredita que ya el 30 de noviembre de dicho año la CADA estimara la pretensión de los solicitantes de acceder al sistema automatizado empleado por la Academia de Versalles en el procedimiento de selección del alumnado⁵¹. Otra muestra de la operatividad de esta reforma normativa proporciona el dictamen de la CADA de 10 de diciembre de 2020, que resolvió asimismo de modo favorable la petición, dirigida a la Academia de Poitiers, de

⁵¹ *Avis* 20173235, de 30 de noviembre de 2017.

que se comunicara a la interesada las reglas y principales características de aplicación del algoritmo empleado para el examen de las solicitudes de traslado⁵².

También en **Italia** se ha impuesto una lectura pro transparencia del concepto de «documento administrativo» establecido en la normativa reguladora del derecho de acceso, según la cual se entiende por tal «toda representación gráfica, fotocinematográfica, electromagnética o de cualquier otro tipo del contenido de los actos»⁵³.

A la hora de determinar si los algoritmos utilizados en la toma de decisiones podrían reconducirse a dicha categoría, dos fueron las posiciones defendidas por la doctrina italiana. Por una parte, una tendencia —que era en principio mayoritaria— que concibe a los programas informáticos como simples herramientas técnicas, en las que sus desarrolladores se limitan a ejecutar las instrucciones del poder adjudicador contenidas en los actos administrativos establecidos a tal objeto; y, por otro lado, la tesis que considera que los programas informáticos son por sí mismos actos administrativos, en la medida en que expresan la voluntad de la administración condicionada al acaecimiento de hechos exactamente identificados en el correspondiente programa⁵⁴.

A la segunda de las posiciones referidas se ha inclinado con claridad la jurisprudencia recaída al respecto.

Determinante en la conformación de esta línea jurisprudencial ha sido sin duda la Sentencia del Tribunal Administrativo Regional para el Lazio (Sección tercera bis), de 22 de marzo de 2017 (Nº 3769), que abordó la pretensión del recurrente de conocer el sistema algorítmico utilizado por el Ministerio de Educación en materia de movilidad del personal docente⁵⁵. Lo cierto es que la Administración interpelada había facilitado al solicitante cierta información sobre el procedimiento algorítmico, pero a juicio del Tribunal la mera descripción del algoritmo y de su funcionamiento no podía considerarse una respuesta suficiente, puesto que únicamente conociendo su código fuente podía valorarse adecuadamente su funcionalidad o los eventuales errores de programación. Así, pues, el grueso de la argumentación se centró en torno a la alegación del Ministerio de que el código fuente del programa en cuestión no podía asimilarse a un «documento administrativo» en el sentido del art. 22.1.d) de la Ley 241/90; disposición que —según el Ministerio— identifica las formas en que puede manifestarse un

⁵² *Avis* 20204274.

⁵³ Según reza el artículo 22.1.d) de la Ley n. 241, de 7 de agosto de 1990, reguladora del derecho de acceso a los documentos administrativos, se entiende «d) per «documento amministrativo», ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale».

⁵⁴ Reproduzco la síntesis de las posiciones doctrinales expuesta por MANCOSU, G., «Les algorithmes publics déterministes au prisme du cas italien de la mobilité des enseignants», en: *Rivista italiana di informatica e diritto*, Fascicolo 1-2019, p. 77.

⁵⁵ Véase, por ejemplo, el comentario de IASELLE, M., «Diritti di accesso all'algoritmo, TAR Lazio apre nuovi scenari», *Altalex* 17 de mayo de 2017 (<https://www.altalex.com/documents/news/2017/05/17/diritto-di-accesso-algoritmo>).

acto administrativo, pero entendiéndose que el objeto del acceso sólo puede serlo el acto que por su naturaleza sea calificable como administrativo, lo que no es predicable del código fuente.

El Tribunal, sin embargo, tras una detenida y muy pedagógica argumentación, terminaría reconociendo que «el software que gestiona el algoritmo» es directamente reconducible a la categoría de «acto administrativo electrónico»⁵⁶ en el contexto del reiterado art. 22.1.d) de la Ley 241/90. Conclusión a la que llega tras rechazar expresamente la tesis estricta defendida por la doctrina en relación con el «acto administrativo electrónico», según la cual únicamente puede calificarse como tal el «acto administrativo en forma electrónica». A juicio del órgano judicial, por el contrario, también responde a tal naturaleza el «acto de elaboración electrónica», esto es, el acto administrativo cuyo contenido es elaborado a través de un sistema informático, con independencia de que el documento final resultante del proceso de elaboración pueda adoptar cualquier forma permitida en el ordenamiento⁵⁷.

Entre otras argumentaciones, la calificación del software como acto administrativo informático la fundamentó el órgano judicial en consideraciones tales como que es con el software como se concreta la voluntad final de la Administración, y es con él, en definitiva, como la Administración constituye, modifica o extingue las situaciones jurídicas individuales incluso si el mismo no produce efectos directos hacia el exterior; y, en fin, apuntó asimismo el Tribunal que el software termina por identificarse y concretar el propio procedimiento.

De interés son también otras consideraciones vertidas en la Sentencia, señaladamente la de que el hecho de que el software sea difícilmente comprensible para una persona no experta no es motivo para denegar su acceso directo al mismo. Pues, como razona el Tribunal, por una parte, esta circunstancia no es sino consecuencia de la elección de la Administración de recurrir a este instrumento para la gestión de un procedimiento de su competencia; y, por otro lado, en lo concerniente a su comprensión y a la verificación de su corrección, el destinatario del acto puede, en particular, recurrir legítimamente a la actividad profesional de un informático competente en la materia⁵⁸.

A partir de esta Sentencia del TAR Lazio se ha consolidado en la jurisprudencia la tesis de que los algoritmos son reconducibles al concepto de acto administrativo. Así, el Consejo de Estado (Sección Sexta) vendría ya a sumarse a esta posición en su Sen-

⁵⁶ VIOLA, L., «L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato de-ll'arte», *federalismi.it. Rivista di Diritto Pubblico italiano, comparato, europeo*, núm. 21, 2018, p. 2 y ss.

⁵⁷ Sobre esta distinción entre «acto administrativo en forma electrónica» y «acto de elaboración electrónica», consúltese GIURDANELLA, C.; GUARNACCIA, E., *Elementi di diritto amministrativo elettronico*, Halley, Matelica, 2005, pp. 13-14.

⁵⁸ Para un análisis más detallado de esta relevante Sentencia, puede consultarse NOTO LA DIEGA, G., «Against the Dehumanisation of Decision-Making — Algorithmic Decisions at the Crossroads of Intellectual Property, Data Protection, and Freedom of Information», en: *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law (JIPITEC)*, 9, 2018, apartados 97-99.

tencia 2270/2019, de 8 de abril, (N. 04477/2017 REG.RIC.), en donde afirma categóricamente: «l'algoritmo, ossia il *software*, deve essere considerato a tutti gli effetti come un "atto amministrativo informatico"»⁵⁹.

Comoquiera que sea, el relativamente amplio número de Sentencias del Consejo de Estado que se ocupan del empleo de algoritmos en el sector público abordan de forma mayoritaria el tema de la transparencia, no exclusivamente desde la perspectiva del puro y directo conocimiento de los mismos derivado del ejercicio del derecho de acceso a la información pública, sino desde un enfoque más general⁶⁰ que, a menudo, el Consejo vincula expresamente con la normativa reguladora de la protección de datos personales. En este sentido, la Sentencia del Consejo de Estado (Sección Sexta), de 13 de diciembre de 2019, n. 8472 (N. 02936/2019 REG.RIC), insiste en la relevancia del principio de transparencia en este ámbito (FJ 13.1), con continuas referencias a la regulación de la materia que realiza el Reglamento General de Protección de Datos (FFJJ 13.2, 13.3 y 14)⁶¹. Normativa europea de la que infiere, entre otros, el «principio de cognoscibilidad», que en última instancia reclama que la fórmula técnica en que consiste el algoritmo sea explicada de forma comprensible⁶². Este hilo argumental viene sosteniéndose ininterrumpidamente por el Consejo de Estado en sus resoluciones dictadas hasta la fecha (Sentencias 2270/2019, 8472/2019, 8473/2019, 8474/2019, 881/2020 y 1206/2021)⁶³.

III.1.2. *El estado de la cuestión en el ordenamiento español*

a) El acceso directo a los algoritmos y a los códigos fuente

En el caso de España, la asunción de la tesis de que los algoritmos utilizados en la toma de decisiones constituyen «información pública» a los efectos de la legislación reguladora de la transparencia se ha visto sin duda facilitada por los amplios términos con que el artículo 13 LTAIBG define dicho concepto: «Se entiende por información

⁵⁹ Véase el comentario a esta Sentencia de CHIACCHIO, M. G., «L'utilizzo dell'algoritmo nelle procedure valutive della PA (Commento a Consiglio di Stato, Sez. VI, Sent. 8 aprile 2019, N. 2270)», en: *European Journal of Privacy Law & Technologies* 2019/2, pp. 137-143.

⁶⁰ Sencillamente, el algoritmo está sujeto a los principios rectores de la actividad administrativa establecidos en el artículo 1 de la Ley 241/1990, entre los que se encuentra el principio de transparencia.

⁶¹ Sobre esta Sentencia, véase VESTRI, G., «La inteligencia artificial ante el desafío de la transparencia algorítmica. Una aproximación desde la perspectiva jurídico-administrativa», en: *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 56, 2021, pp. 379-380 y 386.

⁶² Esta argumentación a partir de la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos también se halla presente en la Sentencia del Tribunal Administrativo Regional de la Campania (Sección tercera), de 14 de noviembre de 2022, n. 7003.

⁶³ Acerca de esta línea jurisprudencial, consúltese RUM, A. L., «Il provvedimento amministrativo adottato mediante algoritmo: il ruolo dell'intelligenza artificiale nel processo decisionale della P.A.», en: *Il Diritto Amministrativo. Rivista Giuridica*, Año XV, n. 02, Febbraio 2023.

pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones». Concepción amplia de la noción de información pública que —como no podía ser de otra manera dada su condición de norma básica— se incorporó a las diferentes leyes autonómicas reguladoras de la transparencia.

Y, de hecho, fue una autoridad de control autonómica —la Comisión de garantía del derecho de acceso a la información pública catalana, en adelante GAIP— la que por vez primera abordó el examen de solicitudes de información cuyo objeto era acceder a algoritmos. La ocasión se le presentó con motivo de las diversas reclamaciones formuladas por el mismo ciudadano a propósito de la misma pretensión: conocer el algoritmo matemático que determinaba el orden de posiciones en los tribunales correctores de las pruebas de acceso a la universidad. La GAIP en la Resolución de 21 de septiembre de 2016 (Reclamación 124/2016) reconocería el derecho de acceso del reclamante, pero, tras responder la Administración que no existía el pretendido «algoritmo matemático», el interesado volvería a concretar su pretensión, llegando finalmente a solicitar directamente el código fuente del programa informático. La Resolución 200/2017, de 21 de junio, resolvería de este modo la cuestión en su fundamento jurídico segundo:

«Se tiene que reconocer el derecho de la persona reclamante a acceder al código fuente del programa informático empleado por el Consejo Interuniversitario en la designación de los miembros de los tribunales correctores de las PAU, por razones similares a las que llevaron, a la Resolución de esta Comisión de 21 de septiembre de 2016, a estimar la Reclamación 124/2016 y declarar el derecho a conocer el algoritmo matemático implementado por el mencionado programa informático. El código fuente de un programa informático empleado por la Administración en la designación de los miembros de tribunales evaluadores constituye información pública a los efectos del artículo 2.b de la Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIPBG). Según este precepto, se entiende por información pública «la información elaborada por la Administración y la que esta tiene en su poder como consecuencia de su actividad o del ejercicio de sus funciones, incluida la que le suministran los otros sujetos obligados de acuerdo con el que establece esta ley». Esta definición incluye toda la información que la Administración elabore o tenga en su poder en ejercicio de sus funciones, con independencia del lenguaje o forma en que se exprese. La información pública incluye así, no solo aquella que se expresa en lenguaje natural (en palabras, que es la más habitual), sino también la expresada mediante fotografías, videos, planos, señales, etc. o mediante otros lenguajes, como el matemático o, en este caso, el informático. El artículo 19.1 LTAIPBG confirma esta noción amplia de información pública cuando dispone que «el derecho de acceso a la información pública incluye cualquier forma o soporte en

que esta información haya sido elaborada o en que se conserve». Lo mismo se desprende del artículo 13 de la Ley básica estatal 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, cuando establece que «se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones»⁶⁴.

La cita, aunque larga, ha merecido la pena, porque revela que, desde una fecha temprana, la GAIP asumió con naturalidad con base en su tenor literal la viabilidad de la legislación de transparencia para conocer los algoritmos utilizados en el proceso de toma de decisiones, por más que difícilmente pudieran catalogarse como «documentos» en sentido estricto. Y, así, aunque no constituyera el acceso a ningún algoritmo o código fuente el objeto de la controversia, en la Resolución 93/2019, de 22 de junio, se hace referencia a esta cuestión de modo incidental cuando se aborda con carácter general en su fundamento jurídico tercero el «alcance material del concepto de información pública como objeto del derecho de acceso»:

«[...] el concepto de información trasciende el tradicional de documentos y es sustancialmente equivalente al de conocimiento, por lo que el derecho de acceso se proyecta, ciertamente, sobre los documentos en poder de la Administración, pero también sobre el otro conocimiento que esté en poder de la Administración municipal, tales como bases de datos informáticas, algoritmos o conocimiento material no formalizado en ningún documento o registro determinado [...]»⁶⁵.

Habría que esperar más tiempo para que se plantease una cuestión de semejante tenor ante el CTBG. Sería específicamente con ocasión de la reclamación presentada por la Fundación Civio ante la decisión del Ministerio para la Transición Ecológica de denegar su pretensión de acceder al código fuente relativo a la aplicación telemática del bono social. Entre otras razones, el Ministerio rechazó la solicitud al sostener que el código fuente «no se considera información pública según el artículo 13 de la Ley de transparencia al no ser ni “contenidos” ni “documentos”, sino programas informáticos» (Resolución 701/2018, de 18 de febrero de 2019, Antecedente 3). Sin embargo, el CTBG no entró directamente a argumentar sobre el particular, sino que resolvió examinando la pertinencia de la aplicación de los límites que asimismo había invocado el Ministerio para desestimar la solicitud, dando así por sentado que, en efecto, el código fuente debía considerarse información pública a los efectos de la LTAIBG.

⁶⁴ En relación con esta Resolución, véase PONCE SOLÉ, *op. cit.*, nota 24, p. 43.

⁶⁵ Sobre la doctrina de la GAIP al respecto, CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «La transparencia de los algoritmos que utilizan las administraciones públicas», en: CAMP BATALLA, R. (ed.), *Anuario de Transparencia Local*, Vol. 3/2020, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid/Barcelona, 2021.

Fue, por tanto, en la Resolución 58/2021 cuando, al elucidar la pretensión de acceder al algoritmo empleado para el cálculo de las pensiones, el CTBG por vez primera argumentaría expresamente la cobertura de esta suerte de peticiones en el marco del artículo 13 LTAIBG en línea con lo sostenido por la GAIP:

«Existe unanimidad en considerar que la noción de «información pública» empleada por su artículo 13 ha superado la enteca concepción que del derecho de acceso se contemplaba en el artículo 37.1 de la hoy derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dando un relevante salto cualitativo y cuantitativo respecto del régimen de acceso inmediatamente precedente, en cuanto el objeto del derecho ya no son sólo los documentos, sino que incluye también la información no documentalizada, extendiendo el ámbito material del derecho desde la noción de documento a la de información en poder del sujeto obligado, con independencia de cuáles sean sus características técnicas (formato) o el material en el que se registre (soporte)» (FJ 4º).

A partir de entonces, se trata de una cuestión no controvertida y, por tanto, se parte de la premisa de que los algoritmos y códigos fuente constituyen información pública a los efectos de la legislación reguladora de la transparencia sin necesidad de proceder a una detallada justificación de esta calificación (así, por ejemplo, las Resoluciones del CTBG 253/2021, FJ 4º y 7/2023, FJ 3º).

Por lo demás, la divulgación directa e inmediata del algoritmo o su código fuente constituye, en opinión de la propia autoridad independiente de control, la fórmula idónea para asegurar la finalidad sustancial perseguida por nuestro sistema de transparencia. Así se reconoce de forma inequívoca en la Resolución 58/2021 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno:

«En el contexto actual de progresivo desarrollo e implantación la administración electrónica y uso creciente de la inteligencia artificial, los algoritmos están adquiriendo una relevancia decisiva, a la vez que se incrementa su complejidad. Pueden sustentar la toma de decisiones públicas o, directamente, ser fuente de decisiones automatizadas con consecuencias muy relevantes para las personas. Esta evolución está generando una creciente demanda ciudadana de transparencia de los algoritmos utilizados por las Administraciones públicas como condición inexcusable para preservar la rendición de cuentas y la fiscalización de las decisiones de los poderes públicos y, en último término, como garantía efectiva frente a la frente a la arbitrariedad o los sesgos discriminatorios en la toma de decisiones total o parcialmente automatizadas.

Mientras no se instauren otros mecanismos que permitan alcanzar los fines señalados con garantías equivalentes —como podrían ser, por ejemplo, auditorías independientes u órganos de supervisión—, el único recurso eficaz a tales efectos

es el acceso al algoritmo propiamente dicho, a su código, para su fiscalización tanto por quienes se puedan sentir perjudicados por sus resultados como por la ciudadanía en general en aras de la observancia de principios éticos y de justicia» (FJ 5º; véase asimismo la Resolución 7/2023, FJ 4º).

Pero, obviamente, no es ésta la única vía que puede ser transitada al objeto de conseguir arrojar alguna luz sobre los sistemas automatizados de toma de decisiones empleados por las Administraciones públicas. En principio, nada impide que la ciudadanía no pretenda tanto acceder, sin más, al entero algoritmo como lograr que se le ofrezca alguna información sobre su funcionamiento.

b) La pretensión de conocer el funcionamiento del sistema algorítmico

Ciertamente, con base en la LTAIBG (artículo 13: «contenidos o documentos»), cabe también barajar la posibilidad de que se solicite de la Administración, no ya directamente el acceso al propio algoritmo o a su código fuente, sino que proporcione determinada información sobre el funcionamiento del mismo. En el caso de que el solicitante de la información sea la persona afectada por la decisión administrativa, es evidente que nos encontramos con un supuesto muy próximo al derecho de recibir «información significativa sobre la lógica aplicada» [art. 15.1.h) RGPD] o al pretendido «derecho a la explicación» que cabría derivar de este precepto en conexión con el artículo 22.3 y el Considerando 71 RGPD, según tuvimos ocasión de comprobar páginas arriba. Aunque, naturalmente, en el marco de la legislación de transparencia no opera ninguna de las relevantes restricciones que condicionan estos derechos de información bajo la normativa reguladora del derecho a la protección de datos personales, a saber, circunscribirse a las personas físicas y a las decisiones totalmente automatizadas.

Y, sin embargo, las posibilidades de que prospere este tipo de peticiones de información pueden encontrar un serio obstáculo en la causa de inadmisión establecida en el art. 18.1.c) LTAIBG («información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración»).

Como es sabido, a propósito de este motivo de inadmisión el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno elaboró el Criterio Interpretativo 7/2015, de 12 de noviembre, en el que se apuntan dos principales líneas orientadoras para identificar los casos de «reelaboración»: 1º) cuando la información tenga que «[e]laborarse expresamente para dar una respuesta, haciendo uso de diversas fuentes de información»; y 2º) cuando la Administración interpelada «carezca de los medios técnicos que sean necesarios para extraer y explotar la información concreta que se solicita, resultando imposible proporcionar la información solicitada». En lo concerniente al primero de los criterios mencionados, cabe apuntar que, si bien en una primera fase prevaleció una aplicación

de esta causa de inadmisión apegada a su tenor literal, lo cierto es que —impulsada por los pronunciamientos judiciales recaídos al respecto⁶⁶— se ha abierto paso otra línea interpretativa que, soslayando la concurrencia de la pluralidad de las fuentes, se centra en valorar si atender la petición supone la elaboración de un informe *ex novo*. Por consiguiente, cuando satisfacer la pretensión del solicitante requiere una labor de confeccionar *ex profeso* un documento, siempre que vaya más allá de la mera agregación o suma de datos, podrá fundadamente invocarse esta causa de inadmisión⁶⁷.

Así, pues, salvo —claro está— que la explicación del funcionamiento del sistema algorítmico la tenga ya documentada la Administración, muy probablemente solicitudes de esta índole podrían ser inadmitidas a trámite con base en el art. 18.1.c) LTAIBG.

Y se trata de una alternativa que puede resultar de suma utilidad, pues, como comprobaremos al examinar los límites al derecho de acceso, algunos de ellos muestran una gran virtualidad cuando lo que pretende el solicitante es acceder al entero algoritmo o a su núcleo esencial, el código fuente.

Para dejar expedita la vía a la tramitación de solicitudes cuyo objetivo sea la explicación del funcionamiento algorítmico, parece que no queda otra opción que seguir el modelo francés y, por tanto, reconocer explícitamente en la normativa este tipo de pretensiones. Según adelantamos líneas arriba, la Ley nº 2016/132, de 7 de octubre de 2016, para una República digital, incorporó el artículo L311-3-1 al «Código de relaciones entre el público y la administración», en cuya virtud el afectado por una decisión tomada con base en un tratamiento algorítmico puede solicitar «[l]as reglas que definen este tratamiento, así como las principales características de su aplicación». Y el Decreto del Consejo de Estado nº 2017-330, de 14 de marzo de 2017, que desarrolló dicho artículo L311-3-1, añadiría al «Código de relaciones entre el público y la administración» el artículo R311-3-2, que precisa del siguiente modo el alcance de la infor-

⁶⁶ A partir de la Sentencia de la Audiencia Nacional 29/2017, de 24 de enero de 2017 (Nº recurso 63/2016), en cuyo FJ 4º se afirma que «el mencionado art.18.1.c permite la inadmisión de una solicitud cuando la información que se solicita requiere una elaboración y tarea de confección por no ser fácilmente asequible acceder a ella».

⁶⁷ Para más detalles sobre la evolución experimentada en la aplicación de este motivo de inadmisión, véase el muy documentado trabajo de GUICHOT, E.; BARRERO RODRÍGUEZ, C., *El derecho de acceso a la información pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 572-604. Como es obvio, la Administración podrá libremente dar una explicación sobre el funcionamiento de la aplicación informática objeto de la solicitud de información, con independencia de que la tenga ya documentada o la elabore *ex profeso* para satisfacer la pretensión del solicitante. A este respecto cabe mencionar la Resolución del CTBG 7/2023, que trajo causa de una petición de acceder al código fuente asociado al algoritmo que calcula los días cotizados utilizado por el SEPE; petición a la que la Administración respondió ofreciendo una explicación sobre el criterio empleado para el cálculo de los días de cotización. El CTBG concluiría en su FJ 6º estimando la reclamación, «a fin de que el órgano requerido añada a la información ya aportada copia del código fuente asociado al algoritmo de cálculo de los días cotizados, entendiendo como tal la explicación del conjunto de reglas internas (técnico-jurídicas) de la aplicación informática utilizada para dicho cálculo» (crítico en relación con esta argumentación se muestra HUERGO LORA, A., «El derecho de transparencia en el acceso a los códigos fuente», en: *Anuario de Transparencia Local 5/2022*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2023, p. 63).

mación a suministrar: «La administración comunicará a la persona que sea objeto de una decisión individual adoptada con base en un tratamiento algorítmico, a petición de esta, de forma inteligible y siempre que no vulnere secretos protegidos por la ley, la siguiente información: «1º el grado y modo de contribución del tratamiento algorítmico a la toma de decisiones; 2º los datos tratados y sus fuentes; 3º los parámetros del tratamiento y, en su caso, su ponderación, aplicados a la situación del interesado; 4º las operaciones realizadas por el tratamiento».

En resumidas cuentas, a nuestro juicio, sería una iniciativa plausible que se llevaran unas previsiones similares a la —tantas veces anunciada como aplazada— futura reforma de la LTAIBG; e, incluso, dando un paso más, que la capacidad de presentar solicitudes de esta naturaleza no se circunscribiese a los concretos interesados, sino que se ampliase a titulares cualificados del derecho de acceso, como la prensa y las entidades especializadas en la esfera de la transparencia.

c) La publicidad activa

Tal y como adelantamos al comienzo de este trabajo, la Carta de Derechos Digitales expresa en términos inequívocos la conveniencia de potenciar la transparencia algorítmica en el pilar de la publicidad activa⁶⁸.

No debe de ser motivo de sorpresa esta apelación a mejorar esta proyección de la transparencia, habida cuenta de la reducida presencia que tiene hasta la fecha en nuestro ordenamiento jurídico. E incluso, paradójicamente, en algún aspecto cabe afirmar que la transparencia algorítmica ha vivido mejores tiempos en el pasado. En efecto, hoy por hoy se carece de un precepto como el que incorporaba ya en su versión inicial la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 45.4: «Los programas y aplicaciones electrónicos, informáticos y telemáticos que vayan a ser utilizados por las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus potestades, habrán de ser previamente aprobados por el órgano competente, quien deberá difundir públicamente sus características»⁶⁹. Divulgación pública obligatoria de las «características» de los

⁶⁸ Según establece el segundo apartado de su artículo XVIII («Derechos digitales de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones Públicas»): «El principio de transparencia y de reutilización de datos de las Administraciones públicas guiará la actuación de la Administración digital, de conformidad con la normativa sectorial. En particular, se garantizará el derecho de acceso a la información pública, se promoverá la publicidad activa y la rendición de cuentas y se velará por la portabilidad de los datos y la interoperabilidad de los formatos, sistemas y aplicaciones, en los términos que prevea el ordenamiento jurídico vigente».

⁶⁹ Ninguna obligación semejante se refleja ahora en el artículo 41 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, al regular la actuación administrativa automatizada. Su artículo 157.2 sí prevé que las aplicaciones desarrolladas por las Administraciones o que hayan sido objeto de contratación y de cuyos derechos de propiedad intelectual sean titulares *puedan* ser declaradas «como de

programas y aplicaciones informáticas que evidentemente podría haber supuesto, al menos sobre el papel, un notable avance en el conocimiento de su funcionamiento por parte de la ciudadanía⁷⁰.

De hecho, en la redacción inicial del Capítulo II del Título I de la LTAIBG (dedicado a la «Publicidad activa») no era posible hallar ninguna referencia de la que se pudiera derivar una obligación de llevar a los portales de transparencia información sobre algoritmos⁷¹. Algún avance al respecto⁷² se produjo, sin embargo, con ocasión de la aprobación de la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos y garantía de derechos digitales, toda vez que su artículo 31.2 impone a las diferentes Administraciones, entre otros integrantes del sector público, que hagan «público un inventario de sus actividades de tratamiento accesible por medios electrónicos en el que constará la información establecida en el artículo 30 del Reglamento (UE) 2016/679 y su base legal». Y a fin de coherencia esta disposición con la LTAIBG, la Disposición final undécima de la LO 3/2018 procedió a su modificación añadiendo un nuevo artículo 6 bis, que viene a incorporar expresamente al listado de obligaciones de publicidad activa la exigencia de publicar el «inventario de actividades de tratamiento».

fuentes abiertas, cuando de ello se derive una mayor transparencia en el funcionamiento de la Administración Pública o se fomente con ello la incorporación de los ciudadanos a la Sociedad de la información».

Sobre este tema puede ser de interés mencionar el régimen de las condiciones de licenciamiento de las aplicaciones informáticas establecido en el Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica (tras su modificación por el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos). El artículo 16 del Real Decreto 4/2010 tiene por objeto regular las «condiciones de licenciamiento de las aplicaciones informáticas, documentación asociada, y cualquier otro objeto de información cuya titularidad de los derechos de la propiedad intelectual sea de una Administración Pública y permita su puesta a disposición de otra Administración y de los ciudadanos» (apartado primero); y sobre este particular el art. 16.2 establece que «[l]as Administraciones Públicas utilizarán para las aplicaciones informáticas, documentación asociada, y cualquier otro objeto de información declarados como de fuentes abiertas aquellas licencias que aseguren que los programas, datos o información cumplen los siguientes requisitos: [...] b) Permiten conocer su código fuente». Y el apartado cuarto de este artículo 16 dispone finalmente: «A efectos de facilitar el establecimiento de las condiciones de licenciamiento, las Administraciones Públicas incluirán en los pliegos de cláusulas técnicas de aquellos contratos que tengan por finalidad el desarrollo de nuevas aplicaciones informáticas, los siguientes aspectos: a) Que la Administración contratante adquiera los derechos completos de propiedad intelectual de las aplicaciones y cualquier otro objeto de información que se desarrollen como objeto de ese contrato».

⁷⁰ GUTIÉRREZ DAVID, M. E., *op. cit.*, nota 10, p. 178.

⁷¹ Aunque no faltaron notables esfuerzos hermenéuticos espolcados por la razonable finalidad de paliar la opacidad existente en este ámbito. Así, se apuntó que los algoritmos y códigos fuente podían considerarse «información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública» (art. 5.1 LTAIBG), debiendo en consecuencia publicarse en las correspondientes sedes electrónicas o páginas web (PONCE SOLÉ, J., *op. cit.*, nota 23, p. 45).

⁷² En este sentido, COTINO HUESO, L., «SyRI, ¿a quién sanciono? Garantías frente al uso de inteligencia artificial y decisiones automatizadas en el sector público y la sentencia holandesa de febrero de 2020», *La Ley Privacidad, Wolters Kluwer* nº 4, mayo 2020.

Aunque suponga un cierto progreso en la transparencia de los tratamientos automatizados, no deja de ser un paso muy limitado habida cuenta de que la obligación de publicidad se circunscribe a la información mencionada en el artículo 30 RGPD (fines del tratamiento; descripción de las categorías de interesados y de los datos personales; categorías de destinatarios; descripción general de las medidas de seguridad, etc.). Así, pues, no cabe derivar de la LTAIBG la exigencia de que se divulguen en el portal de transparencia las especificaciones técnicas de los algoritmos ni una explicación detallada de su funcionamiento⁷³.

Salvo error de quien esto escribe, ha sido la Comunidad Autónoma valenciana la que más decididamente ha apostado por fortalecer la transparencia algorítmica en las sedes electrónicas o páginas web del sector público. Así es; la todavía reciente nueva Ley 1/2022, de 13 de abril, de Transparencia y Buen Gobierno de la Generalitat Valenciana, incluye en el bloque de la «información de relevancia jurídica» que necesariamente debe difundirse telemáticamente la siguiente: «La relación de sistemas algorítmicos o de inteligencia artificial que tengan impacto en los procedimientos administrativos o la prestación de los servicios públicos con la descripción de manera comprensible de su diseño y funcionamiento, el nivel de riesgo que implican y el punto de contacto al que poder dirigirse en cada caso, de acuerdo con los principios de transparencia y explicabilidad» [art. 16.1.l)].

En cualquier caso, parece evidente que los límites a la transparencia pueden tener una mayor operatividad cuando se proyectan sobre la publicidad activa que cuando se aplican a propósito del ejercicio del derecho de acceso, debido a la mayor difusión que alcanza la información en cuestión. Ciertamente, el hecho de que esta esté disponible en los correspondientes portales, sedes electrónicas o páginas web potencia y multiplica el riesgo de afectación de los derechos o intereses jurídicos protegidos por los límites. Así, ha tomado ya carta de naturaleza a nivel jurisprudencial la apreciación de que la mayor capacidad difusora de las nuevas tecnologías constituye un factor relevante para resolver los conflictos entre derechos y la libertad de información (véase, por ejemplo, la STC 58/2018, FJ 7º y, por citar una decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Sentencia de 28 de junio de 2018, caso *M.L. y W.W. contra Alemania*, §§ 91, 97, 102). Y en esta línea es de destacar la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 1 de agosto de 2022 (asunto C-184/20), en donde se resolvió

⁷³ Conviene en cualquier caso apuntar que el «Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos» (aprobado por el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo) incluye como contenido obligatorio de las sedes electrónicas la «[r]elación actualizada de las actuaciones administrativas automatizadas vinculadas a los servicios, procedimientos y trámites» disponibles; y precisa que «[c]ada una se acompañará de la descripción de su diseño y funcionamiento, los mecanismos de rendición de cuentas y transparencia, así como los datos utilizados en su configuración y aprendizaje». [artículo 11.1.i)]. Con este Real Decreto sólo vienen a atemperarse la manifiesta insuficiencia de transparencia de la que adolece el artículo 41 de la Ley 40/2015 (COTINO HUESO, L., «Qué concreta transparencia e información de algoritmos e inteligencia artificial es la debida», en: *Revista Española de la Transparencia*, núm. 16, primer semestre de 2023, p. 27).

una cuestión prejudicial sobre la normativa lituana que obliga a publicar en Internet los datos contenidos en las declaraciones de intereses privados de personas que trabajan como servidores públicos, así como de los directivos de asociaciones que reciben fondos públicos. En efecto, entre los factores a tener en cuenta al evaluar la gravedad de la injerencia en el derecho invocado como límite de la transparencia, el TJUE apuntó que debía tomarse en consideración «la naturaleza y el modo concreto del tratamiento de los datos de que se trata, en particular el número de personas que tienen acceso a ellos y el modo en que acceden» (apartado 99).

Aunque se trata de una línea jurisprudencial usualmente empleada en los casos de colisión entre transparencia y el derecho a la protección de datos personales, no hay ningún motivo para soslayarla en relación con otros límites que pueden entrar en juego cuando se pretende el acceso a los algoritmos.

III.2. LOS LÍMITES USUALMENTE INVOCADOS PARA RESTRINGIR LA PUBLICIDAD DE LA INFORMACIÓN ALGORÍTMICA

Por más que sea bien conocido, no parece impertinente recordar que, según se desprende de la lectura conjunta del primer y segundo apartado del artículo 14 LTAIBG, la aplicación de los límites se articula como un proceso argumentativo que se despliega en tres fases o momentos sucesivos⁷⁴. En primer término, debe examinarse si los «contenidos o documentos» (art. 13 LTAIBG) a los que se quiere acceder inciden realmente en la materia definitoria del límite en cuestión, pues, de no llegarse a la conclusión de que la información pretendida guarda relación con el sector de la realidad objeto del límite, habría que descartar sin más la aplicación del mismo.

Pero en el caso de que se aprecie su aplicabilidad, es preciso identificar acto seguido el riesgo de un perjuicio concreto, definido y evaluable para los intereses tutelados por el límite en el supuesto de concederse el acceso, así como argumentar la existencia de una relación de causalidad entre el perjuicio y la divulgación de la información solicitada. Es importante destacar que debe tratarse de un riesgo real, actual y concreto para tales intereses, no bastando la exposición de meras conjeturas ni la mención de remotas o hipotéticas posibilidades de que se irroge un perjuicio con motivo de la divulgación de la información⁷⁵.

⁷⁴ He seguido muy de cerca la formulación que suele emplear el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (así, entre otras, las Resoluciones 81/2016, FJ 6º; 120/2016, FJ 3º, 31/2017, FJ 4º; 52/2017, FJ 4º; 143/2019, FJ 5º; 300/2020, FJ 4º).

⁷⁵ Véase, por ejemplo, la Resolución 143/2019 del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (FJ 7º), que se hace eco de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: «Pues bien, según viene puntualizando de modo constante la jurisprudencia acuñada en el marco de la Unión Europea, para que pueda legítimamente restringirse el derecho de acceso ha de invocarse el riesgo de un menoscabo al interés protegido por el límite que «debe ser razonablemente previsible y no puramente hipotético» [Sentencia de 15 de septiembre de 2016 (*Herbert Smith Freehills/Consejo*), apartado 33; Sentencia de 17 de octubre de 2013

Y finalmente, una vez superado este *test*, aún habría de determinarse, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si los beneficios derivados de la evitación del perjuicio han de prevalecer sobre los intereses públicos o privados que pueda conllevar la difusión de la información⁷⁶.

Conviene tener presente estas diferentes etapas en que se desenvuelve la aplicación de los límites en el marco de la legislación de transparencia, porque —como veremos acto seguido— no siempre se distinguen con nitidez en relación con el que constituye el principal límite que se invoca cuando de conocer los algoritmos se trata, a saber, el derecho a la propiedad intelectual.

III.2.1 *El límite de la propiedad intelectual*

Así es; la LTAIBG incluye expresamente este derecho en el listado de límites al derecho de acceso. «El derecho de acceso —dice su artículo 14.1— podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para: [...] j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial».

Como acabamos de recordar, el primer paso en la aplicación de los límites a los casos concretos consiste en constatar que el acceso a los «contenidos o documentos» objeto de la solicitud de información (en nuestro caso, el algoritmo) incide materialmente en el interés jurídico protegido por el límite en cuestión. Tarea que conduce inevitablemente a la cuestión de determinar si y en qué medida los algoritmos utilizados por las Administraciones públicas se encuentran bajo la cobertura de la normativa reguladora de la propiedad intelectual. De esto tendremos ahora que ocuparnos.

- a) Los algoritmos forman parte del ámbito materialmente protegido por el derecho a la propiedad intelectual

Como sucede con tantos sectores de la realidad, la regulación de la propiedad intelectual es un asunto asumido en primer término por el legislador europeo. Y con

(*Consejo/Access Info Europe*), apartado 31; Sentencia de 21 julio de 2011 (*Suecia/MyTravel y Comisión*), apartado 76; Sentencia de 1 de julio de 2008 (*Suecia y Turco/Consejo*), apartado 43; asimismo, la Sentencia de 13 de abril de 2005 (*Verein für Konsumenteninformation/Comisión*), apartado 69)].

⁷⁶ Para expresarlo en términos familiares desde la perspectiva de la teoría general de los derechos fundamentales, esta tercera y última fase se halla muy próxima a la que constituye también la última etapa en la aplicación del principio de proporcionalidad, a saber, el «principio de proporcionalidad en sentido estricto». Según se desprende de la jurisprudencia constitucional recaída al respecto, este integrante del genérico principio de proporcionalidad se traduce en la máxima de que debe lograrse un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que inevitablemente se generan cuando se limita un derecho para salvaguardar otro derecho o bien jurídicamente protegido. Exigencia que supone, en suma, que debe procederse a una valoración confrontada de los intereses contrapuestos, lo cual requiere tomar en consideración todas las circunstancias relevantes del caso concreto (para más detalles, consúltese MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw Hill, Madrid, 1996, pp. 131-136).

independencia de la aplicación a los programas informáticos —como a cualquier otra obra protegida— de determinados preceptos de la Directiva 2001/29/CE⁷⁷, estos cuentan con un régimen específico acuñado en la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador⁷⁸.

En efecto, el artículo 1 de esta última Directiva impone, en su apartado primero, a los Estados miembros que protejan «mediante derechos de autor los programas de ordenador como obras literarias tal como se definen en el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas». Y acota a continuación el ámbito material sobre el que debe proyectarse tal protección: por una parte, extiende la noción de «programas de ordenador» a su documentación preparatoria (art. 1.1)⁷⁹, y proyecta la tutela a «cualquier forma de expresión de un programa de ordenador» (art. 1.2). Delimitación del ámbito protegido que también realiza la Directiva de forma negativa, ya que explícitamente excluye de la esfera de los derechos de autor a las «ideas y principios en los que se base cualquiera de los elementos de un programa de ordenador, incluidos los que sirven de fundamento a sus interfaces» (art. 1.2)⁸⁰.

Pues bien, entre las diversas «formas de expresión» de los programas de ordenador protegidas⁸¹ se encuentran el código fuente y el código objeto⁸², tal y como reconocería expresamente el TJUE ya bajo la anterior Directiva 91/250/CEE. Así, en la Sentencia de la Sala Tercera de 22 de diciembre de 2010 (asunto C393/09) *Bezpečnostní softwarová asociace*, se declararía que «el código fuente y el código objeto de un programa de

⁷⁷ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Directiva que ya expresamente quiso dejar constancia del mantenimiento de la regulación específica sobre los programas informáticos: «Salvo en los casos mencionados en el artículo 11, la presente Directiva dejará intactas y no afectará en modo alguno las disposiciones comunitarias vigentes relacionadas con: a) la protección jurídica de los programas de ordenador...» (artículo 1.2).

⁷⁸ Directiva que derogó la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador.

⁷⁹ Como precisa el Considerando 7: «A los efectos de la presente Directiva, el término «programa de ordenador» incluye programas en cualquier forma, incluso los que están incorporados en el hardware. Este término designa también el trabajo preparatorio de concepción que conduce al desarrollo de un programa de ordenador, siempre que la naturaleza del trabajo preparatorio sea tal que más tarde pueda originar un programa de ordenador».

⁸⁰ Aunque la «expresión» de dichas ideas y principios sí deben ser objeto de tutela, según explicita el Considerando 11: «De acuerdo con este principio de derechos de autor, en la medida en que la lógica, los algoritmos y los lenguajes de programación abarquen ideas y principios, estos últimos no están protegidos con arreglo a la presente Directiva. De acuerdo con la legislación y jurisprudencia de los Estados miembros y los convenios internacionales en la materia, la expresión de dichas ideas y principios debe protegerse mediante derechos de autor».

⁸¹ Véase SCHNEIDER, J., *op. cit.*, nota 33, pp. 1037-1038.

⁸² Sobre la diferenciación entre ambos conceptos puede consultarse FERNÁNDEZ MASÍ, E., «Comentario al artículo 96», en: PALAU RAMÍREZ, F.; PALAO MORENO, G. (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 1201-1202.

ordenador son formas de expresión de éste, que merecen por tanto la protección del derecho de autor sobre los programas de ordenador en virtud del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 91/250» (apartado 34). E insistiría acto seguido: «En consecuencia, el objeto de la protección conferida por esa Directiva abarca el programa de ordenador en todas sus formas de expresión, que permiten reproducirlo en diferentes lenguajes informáticos, tales como el código fuente y el código objeto» (apartado 35).

Declaración de la tutela tanto del código objeto como del código fuente que sería poco después ratificada por la STJUE (Gran Sala) de 2 de mayo de 2012 (asunto C406/10) *SAS Institute Inc. y World Programming Ltd* (apartado 35). Pero la Gran Sala, dando un paso más, revelaría otras facetas relativas a los programas de ordenador que asimismo gozan de protección: «De acuerdo con la segunda frase del séptimo considerando de la Directiva 91/250, el término «programa de ordenador» también designa el trabajo preparatorio de concepción que conduce al desarrollo de un programa, siempre que su naturaleza sea tal que más tarde pueda originar un programa de ordenador» (apartado 36). «Por tanto —concluiría su razonamiento el Tribunal—, el objeto de la protección de la Directiva 91/250 engloba las formas de expresión de un programa de ordenador así como los trabajos preparatorios de concepción que pueden llevar respectivamente a la reproducción o a la creación ulterior de tal programa [...]» (apartado 37)⁸³.

En consonancia con este marco normativo europeo, el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril; en adelante, TRLPI) menciona expresamente a los programas de ordenador entre las obras originales objeto de propiedad intelectual [artículo 10.1.i)] y recuerda las directrices marcadas por la Directiva que delimitan su ámbito de protección: la extensión de la noción de programas de ordenador a la documentación preparatoria (art. 96.1), la proyección de la tutela a «cualquier forma de expresión de un programa de ordenador» (art. 96.3) y, en fin, la exclusión de «las ideas y principios en los que se basan cualquiera de los elementos de un programa de ordenador» (art. 96.4).

El Texto Refundido, sin embargo, a diferencia de la Directiva 2009/24, puntualiza que la protección dispensada a los programas de ordenador también se extiende

⁸³ Sentencia que permitiría asimismo avanzar en los aspectos que quedaban al margen de la protección de la Directiva: «39 Sobre la base de estas consideraciones, procede señalar que [...] ni la funcionalidad de un programa de ordenador ni el lenguaje de programación o el formato de los archivos de datos utilizados en un programa de ordenador para explotar algunas de sus funciones constituyen una forma de expresión de tal programa en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 91/250. 40 En efecto, tal como el Abogado General señala en el punto 57 de sus conclusiones, admitir que el derecho de autor pudiera proteger la funcionalidad de un programa de ordenador supondría ofrecer la posibilidad de monopolizar las ideas, en perjuicio del progreso técnico y del desarrollo industrial. [...] 42 En cuanto al lenguaje de programación y al formato de los archivos de datos utilizados en un programa de ordenador para interpretar y ejecutar programas de aplicación escritos por los usuarios así como para leer y escribir datos en un formato de archivos de datos específico, se trata de elementos de ese programa mediante los que los usuarios explotan algunas de las funciones de éste».

a la «documentación técnica y los manuales de uso» de los programas (art. 96.1). Mantiene así la ampliación de la tutela establecida en el artículo 96.2 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 (Ley 22/1987, de 11 de noviembre); una continuación que se ha criticado porque, si podía tener algún sentido en dicho momento, ha dejado de tenerlo tras el cambio del paradigma de protección acuñado en el marco normativo europeo⁸⁴.

Quizá por ello esta última vertiente del derecho apuntada en el art. 96.1 TRLPI no parece haberse asumido en su integridad por el CTBG en la Resolución 701/2018, de 18 de febrero de 2019, en donde ciñó el alcance del mismo a lo previsto expresamente en la Directiva: «Este derecho de propiedad intelectual contemplado en la Directiva no comprende, sin embargo, las especificaciones técnicas del programa ni el resultado de las pruebas realizadas para comprobar que la aplicación implementada cumple la especificación funcional, que han sido igualmente solicitados. Las primeras pueden incluir aspectos, entre otros, como si es un sistema operativo de código abierto, cómo realiza el almacenamiento de datos, cuál es su lenguaje de programación o si incluye herramientas para depuración de memoria y análisis del rendimiento del software. Existen multitud de especificaciones técnicas de programas de ordenador expuestas al público en Internet» (Fundamento Jurídico 5).

Comoquiera que sea, lo que sí resulta evidente es que los programas de ordenador y todos los integrantes en los que se expresan (algoritmos subyacentes a los programas, códigos fuente, etc.) forman parte del ámbito material protegido por el derecho a la propiedad intelectual.

Llegados a la conclusión de que los algoritmos utilizados por las Administraciones sí se hallan bajo la cobertura de la normativa reguladora de la propiedad intelectual, hay que dar un paso más y determinar si el solo acceso a los mismos resulta vedado por la misma. O formulada la cuestión desde otra perspectiva: se trata de averiguar si el límite de la propiedad intelectual comprende también la facultad de la Administración de impedir el mero y simple conocimiento del algoritmo por parte del solicitante de información que no tiene en absoluto la pretensión de utilizarlo ni explotarlo comercialmente.

b) El límite de la propiedad intelectual comprende el mero acceso al algoritmo

Más allá de los supuestos en que están involucrados los sistemas algorítmicos de toma de decisiones, lo cierto es que con alcance general la delimitación del alcance del derecho a la propiedad intelectual constituye uno de los límites que más problemas conceptuales está planteando a la hora de su aplicación por las autoridades de control.

⁸⁴ APARICIO VAQUERO, J. P., «Comentario al Título VII del Libro I ('Programas de ordenador')», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 1386 y 1411-1412.

Como se ha cuidado de subrayar repetidamente la literatura especializada, a menudo estas autoridades de control parten de la premisa de que la función del límite no sería tanto proyectarse en la fase de acceso a la información, sino en garantizar que no se haga una utilización posterior de la misma contraria a los intereses del autor de la obra que se condensarían en sus derechos de explotación. Así, con base en la actuación de dichas autoridades, se ha afirmado que «el respeto al derecho de propiedad intelectual afecta no tanto al acceso a la información en sí misma como a la utilización de la misma por el solicitante, en el sentido de que no podrá reproducirla o destinarla con fines económicos sin la autorización previa del titular de los derechos de autor»⁸⁵. O se ha escrito abundando en esta línea: «Parece más bien que los derechos de autor jugarían aquí no para prohibir el acceso, sino para impedir, conforme a su propia normativa, una reproducción y un posterior uso inconsciente de la información obtenida para fines lucrativos diferentes al del escrutinio público, como prevé el Derecho de la Unión Europea [...]»⁸⁶.

Esta síntesis doctrinal se ha construido fundamentalmente a partir de las resoluciones de la autoridad de control catalana (GAIP), resultando determinante al respecto su Dictamen 1/2016, de 11 de mayo⁸⁷. En su FJ 2.7, tras recordar la distinción entre derechos morales y derechos de explotación de la propiedad intelectual y apuntar que la titularidad de tales derechos puede recaer en personas diferentes, seguiría argumentando:

«El acceso a un documento protegido por el derecho de propiedad intelectual no afectará previsiblemente a los derechos morales de su creador, pero, según como se haga el acceso, puede afectar a sus derechos de explotación. Dicho de otra manera, la propiedad intelectual protege de la explotación del bien creado por parte de terceras personas; por tanto, es compatible con la consulta o simple uso del bien que no interfiera con los derechos de explotación. La propiedad intelectual no puede operar como límite en el acceso, sino como límite a su utilización o explotación por parte de la persona solicitante. Si tenemos en cuenta que entre los derechos de explotación se encuentra la reproducción y el aprovechamiento económico, lo que sería incompatible con este derecho sería un acceso que comportase la reproducción del bien o un perjuicio para los derechos económicos de explotación.

»De acuerdo con estas consideraciones, se puede afirmar que sería claramente incompatible con los derechos de explotación de la propiedad intelectual un acceso a la información que comportase su reproducción con finalidades de aprovechamiento económico. Más dudas puede comportar una simple reproducción por una sola vez,

⁸⁵ FERNÁNDEZ RAMOS, S.; PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *El derecho al acceso a la información pública en España*, Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, 2017, p. 184.

⁸⁶ GUICHOT, E.; BARRERO RODRÍGUEZ, C., *op. cit.*, nota 67, p. 392.

⁸⁷ Además de los trabajos citados anteriormente, véase GUTIÉRREZ DAVID, M. E., «El derecho de acceso a la información pública contractual y sus límites», en: COTINO, L.; BOIX, P. (coordinadores), *Los límites al derecho de acceso a la información pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 285-286.

sin finalidades de aprovechamiento económico; en estos casos, la ponderación puede ser más fácilmente favorable al acceso, especialmente si este se fundamenta en derechos o intereses adicionales al derecho de acceso».

Pese a que esta resolución de la GAIP desliza la idea de que «el derecho de propiedad intelectual no afectará *previsiblemente* a los derechos morales de su creador» (la cursiva, obviamente, es nuestra), lo cierto es que en la práctica la argumentación se centra exclusivamente en examinar la afectación de los derechos de explotación, fomentando así la imagen de que los derechos morales quedan expulsados apriorística e incondicionalmente de la materia protegida por el derecho a la propiedad intelectual tutelado en el artículo 14.1.j) LTAIBG.

De ahí que, por lo general y en la práctica, en este tipo de controversias la duda a despejar no sea tanto si se va o no a conceder el acceso, sino cuál sea la modalidad de acceso que puede reconocerse sin menoscabo de los derechos de explotación del autor de la obra.

Y así, como sostuvo el citado Dictamen de la GAIP 1/2016, se entiende que «es claramente compatible con el derecho de propiedad intelectual un acceso limitado a consulta o vista sin reproducción» (FJ 2.7). Doctrina establecida al responder una consulta que sería en lo sucesivo aplicada a las reclamaciones de derecho al acceso; sencillamente, en estos casos habría siempre que conceder el acceso, aunque subordinándolo a condicionantes orientados a evitar que se produzca un perjuicio de los derechos de explotación. Baste reseñar como ejemplo la Resolución 261/2017, de 16 de julio, en cuyo FJ 2º puede leerse: «La decisión del Ayuntamiento de permitir el acceso presencial al proyecto técnico limitando la obtención de copia electrónica fundamentada en la cautela frente a los derechos de propiedad intelectual de su autor se ajusta a los criterios que establecía el Dictamen 1/2016 de esta Comisión, que recomendaba *no aplicar el límite al acceso*, sino en todo caso a los formatos que hiciesen posible una difusión incontrolada...» (de nuevo, es nuestro el énfasis).

E incluso la vía de la consulta presencial puede rodearse de cautelas adicionales, como la adopción de las medidas pertinentes para evitar el uso de dispositivos móviles que permitan obtener copia del documento en cuestión (el repetido Dictamen de la GAIP 1/2015, FJ 2.7). Aunque en otras ocasiones se ha considerado factible dar acceso a la copia de la información pretendida, pues se ha considerado suficiente con la advertencia expresa al solicitante de la responsabilidad en que podía incurrir por un mal uso de la misma (Resolución de la GAIP 17/2015, de 23 de diciembre, FJ 5, en relación con el acceso a proyectos docentes).

Mas volviendo de nuevo al específico tema de la transparencia algorítmica, es de notar que esta línea doctrinal del «acceso condicionado» se ha extendido también a aquellos supuestos en que lo pretendido era conocer el código fuente o, más genéricamente, un algoritmo: «[...] se tiene que declarar el derecho de la persona reclamante a que le sea facilitado el código fuente solicitado, por correo electrónico, tal como pidió. Atendida la finalidad de control de la petición de acceso, se restringe el acceso a esta

finalidad y no se permite la difusión o la utilización del código fuente para otras finalidades sin la autorización expresa de la Administración de la Generalitat» (GAIP, Resolución 200/2017, de 21 de junio, FJ 3). Y en sentido similar ya se había declarado en la Resolución de 21 de septiembre de 2016: «[...] dada la finalidad de control de la petición de acceso, parece prudente restringir el acceso a este fin y no permitir la difusión o utilización del algoritmo sin la autorización expresa del Consejo Interuniversitario o de quien, eventualmente, ostente la titularidad del derecho de propiedad inmaterial en cuestión» (FJ 3).

Pero con independencia de cuál pueda ser la operatividad práctica de esta fórmula del «acceso condicionado» pergeñada para tutelar los derechos de explotación⁸⁸, es difícil asumir la percepción que esta construcción fomenta en la práctica, a saber, que el puro y simple acceso —sin pretensión de aprovechamiento económico— no forma materialmente parte del derecho a la propiedad intelectual protegido en el art. 14.1.j) LTAIBG.

Y en esta última línea inciden algunas de las decisiones del CTBG. Así, en la Resolución 464/2022, de 21 de noviembre, en donde se trataba de acceder a los exámenes realizados en determinadas oposiciones, tras hacerse eco de diversos preceptos del TRLPI —entre otros, su art. 14—, declaró lo siguiente: «De este sucinto marco normativo se desprende, en primer lugar, la posibilidad de formular una distinción entre los derechos morales del creador —atribución o reconocimiento de autoría, divulgación, preservación de la integridad— que son inalienables y los derechos de explotación, que incluyen la reproducción y el aprovechamiento económico que puede ser objeto de cesión. Y en segundo lugar, cabe señalar que el bien jurídico protegido por la propiedad intelectual consiste, en definitiva, en la protección de la explotación del bien creado por parte de terceras personas. Esto es, la propiedad intelectual no puede operar como un límite al acceso de la información de que se trate, sino como límite a su utilización o explotación por parte del solicitante de la misma» (FJ 6º). Y aunque es cierto que a continuación el CTBG argumenta en torno al test de daño para llegar a la conclusión de que, al no haberse demostrado o acreditado el eventual perjuicio originado, no cabía «apreciar la concurrencia del límite», no es menos verdad que el pasaje transcrito refleja la idea de que el solo acceso queda al margen de la protección que dispensa a su titular o beneficiario el límite del derecho a la propiedad intelectual.

No es este ciertamente un resultado que parezca asumible a la luz del modo en que se caracteriza el derecho a la propiedad intelectual en nuestro ordenamiento. Según la conceptúa el artículo 2 TRLPI, la propiedad intelectual se halla «integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley». Distinción entre estos dos bloques de derechos subjetivos constitutivos del genérico derecho a la propiedad intelectual que se refleja explícitamente en el Ca-

⁸⁸ Dudas acerca de que el acceso condicionado al código fuente sea siempre una solución adecuada ha manifestado GUTIÉRREZ DAVID, M. E., *op. cit.*, nota 10, p. 174.

pítulo III del Título II del Libro Primero de la TRLPI, al dedicar su Sección 1ª al «Derecho moral» y la Sección 2ª a los «Derechos de explotación»⁸⁹.

Pues bien, entre las numerosas posibilidades de actuación del autor que el legislador incluye al delimitar el contenido del derecho moral en el artículo 14 TRLPI⁹⁰, a nosotros únicamente interesa apuntar la que aparece en primer lugar: «1.º Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma»; entendiéndose por divulgación de una obra, tal y como puntualiza el artículo 4 TRLPI, «toda expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma». Con base en estas disposiciones, resulta evidente que el derecho de divulgación comprende esencialmente la capacidad del autor de decidir si se permitirá el acceso al público a su obra por vez primera⁹¹, aunque también le corresponde determinar «el momento y la forma o condiciones en que ha de divulgarse»⁹².

En suma, aunque se trate única y estrictamente del puro y simple acceso a la información —sin que haya el menor atisbo de utilización o empleo posterior de la obra protegida— siempre entrará en juego el límite del art. 14.1.j) LTAIBG, al afectarse el referido «derecho moral» a la divulgación integrante del genérico derecho a la propiedad intelectual. Pues ciertamente, como con tino se ha afirmado, «la lesión del derecho a decidir la divulgación genera daño por sí misma con independencia de la lesión por los derechos de explotación que de dicho acto pueda derivarse»⁹³.

Con el solo acceso al algoritmo se está, pues, incidiendo materialmente en la propiedad intelectual a cuya tutela se incardina este límite. Pero, como ya sabemos, para rechazar justificadamente el acceso es además preciso que el mismo irroque un daño real y, especialmente en estos supuestos, que la decisión denegatoria sea el resultado de una adecuada ponderación entre los intereses protegidos por el límite y los beneficios que pueda conllevar la difusión de la información.

Y, como el improbable lector quizá haya ya adivinado, en dicha ponderación puede resultar un factor relevante la circunstancia de que el sistema algorítmico se haya

⁸⁹ Subraya la separación e «independencia» del derecho moral frente a los derechos patrimoniales PLAZA PENADÉS, J., «Comentario al artículo 14», en: RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª edición, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 154.

⁹⁰ PLAZA PENADÉS señala que «la legislación española contiene la regulación más amplia y extensa del derecho moral de autor de cuantas se conocen actualmente» (*ibid.*).

⁹¹ La distinción entre derechos morales y patrimoniales es habitual en los ordenamientos de la Europa continental, que suelen reconocer explícitamente entre los primeros al derecho a la divulgación. Así, la Ley alemana reguladora del derecho a la propiedad intelectual también contempla en el §12 el denominado «derecho a la primera divulgación» —*Erstveröffentlichungsrecht*— (véase al respecto MECKLENBURG, W.; PÖPELMANN, B. H., *Informationsfreiheitsgesetz*, Deutscher Journalisten-Verband *et al.*, Berlin, 2007, p. 89). Igualmente en Francia el Código de la propiedad intelectual se hace eco de dicha distinción y específicamente del derecho a la divulgación (artículos L111-1 y L121-7-1; véanse al respecto las siguientes decisiones de la CADA: *Avis* 20180226 y *Avis* 20180376).

⁹² MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Comentario al artículo 14», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 2017, p. 232.

⁹³ PLAZA PENADÉS, J., *op. cit.*, nota 89, p. 163.

creado directamente por la propia Administración o, por el contrario, que sea obra de un tercero realizada por encargo de la misma.

- c) Titularidad y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual en relación con los programas creados por las Administraciones públicas

Muy habitualmente, tanto en España como en general en la órbita jurídica en la que nos insertamos, las Administraciones no se encargan directamente de crear en su integridad sus propios sistemas automatizados de toma de decisiones, sino que encomiendan la tarea de elaborar los algoritmos o programas a entidades privadas⁹⁴. En estos casos frecuentes, máxime si la Administración no aparece como cesionaria de los derechos de explotación⁹⁵, es cuando el límite del derecho a la propiedad intelectual adquiere su máxima virtualidad y, consiguientemente, opera con mayor intensidad.

Aunque, ciertamente, los principales problemas en torno a la aplicabilidad de este límite se suscitan en aquellos casos en que es la propia Administración la creadora del programa. De hecho, lo cierto es que es controvertida con carácter general —más allá del concreto tema que nos ocupa— la posibilidad de que una autoridad pública apele a su propio derecho a la propiedad intelectual para negarse a dar una información generada por ella misma, al considerarse desde cierta perspectiva que únicamente es dable que esgrima este límite en relación con las obras creadas por terceros⁹⁶.

Y, como se ha destacado por un sector de la doctrina, lo debatido de la cuestión se refleja en la oscilante práctica seguida al respecto por el CTBG, ya que, frente a decisiones que toman en consideración el límite cuando se trata de proyectos de investigación realizados en centros públicos, en los restantes supuestos se tiende a soslayar la aplicación de la propiedad intelectual⁹⁷.

En efecto, en algunas de sus decisiones muestra la proclividad a excluir que entre en juego el límite cuando la información es elaborada por personal al servicio de la Administración. Así, en la Resolución 42/2017, de 25 abril, en la que se abordaba el posible acceso a las soluciones de un tribunal calificador, entre otras razones, se denegó la aplica-

⁹⁴ BOIX PALOP, A., «Transparencia en la utilización de inteligencia artificial por parte de la Administración», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 100, septiembre-octubre 2022, p. 96.

⁹⁵ Cesión que, obviamente, puede entrañar un coste para la Administración. En esta línea, en los Estados Unidos se ha criticado la opción de que se traspase el derecho de propiedad intelectual a los Estados por la sencilla razón de que no es necesario para una prestación de bienes y servicios eficaz y económicamente eficiente (sobre estas posiciones críticas, consúltese BLOCH-WEHBA, H., *op. cit.*, nota 29, p. 1307).

⁹⁶ Así, se ha sostenido que las propiedades intelectual e industrial, en cuanto derechos de naturaleza privada, constituyen un límite que se refiere a derechos de terceros, que no de la propia Administración pública [MESSIA DE LA CERDA CABALLERO, J. A., «Comentario al artículo 14 i) y j)», en: TRONCOSO REIGADA, A. (dir.), *Comentario a la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2017, p. 943].

⁹⁷ Para un examen más detallado del diferente sentido de algunas Resoluciones del CTBG, consúltese GUICHOT, E.; BARRERO RODRÍGUEZ, C., *op. cit.*, nota 67, pp. 389-391.

ción del límite sobre la base de que los trabajos de los miembros del tribunal, en cuanto «empleados públicos de la Administración», «no gozan tampoco de la protección de la propiedad intelectual, ya que no les pertenecen en este sentido los trabajos realizados bajo su condición de tales» (FJ 8º). Y en la Resolución 530/2018, de 30 de noviembre, concerniente al acceso a los enunciados de unas pruebas y las plantillas correctoras, abundaría sobre el particular: «resulta evidente que no puede ser de aplicación el límite de la propiedad intelectual, ya que los enunciados de esas pruebas y sus plantillas correctoras pertenecen a la Administración con carácter general, no a los funcionarios que las idearon ni a los participantes en las mismas y, por ello, deben ser públicos» (FJ 5º)⁹⁸.

Esta tendencia a soslayar el límite de la propiedad intelectual cuando se trata de una obra propia de la Administración también se trasluce, ocasionalmente, en algunas decisiones de las autoridades de control concernientes específicamente al acceso al código fuente. Así parece vislumbrarse al menos, por citar algún ejemplo, en el siguiente pasaje de la Resolución de la GAIP 200/2017, de 21 de junio: «Tampoco se ha invocado el límite relativo a los derechos de propiedad intelectual o industrial [...], seguramente porque, como se ha señalado en el fundamento jurídico anterior, el programa informático en cuestión es de titularidad de la Generalitat» (FJ 2º).

En suma, según se desprende de estas resoluciones, cuando la obra es realizada por el personal al servicio de la Administración en el desempeño de sus tareas y, por tanto, se entiende información propia de ésta, el derecho a la propiedad intelectual no opera en relación con las concretas personas físicas autoras de la obra, pero tampoco se considera que la Administración pueda invocarlo para denegar el acceso a la información pretendida. Sencillamente, a la luz de las citadas resoluciones, el solo hecho de catalogarse la información como perteneciente a la Administración conlleva *per se*, sin considerar siquiera la aplicabilidad del límite, que deba ser pública⁹⁹.

Un adecuado abordaje de estas controversias exige, sin embargo, afrontar en primer término la cuestión de si las Administraciones pueden ser titulares o ejercitar el derecho a la propiedad intelectual en relación con la información generada por ellas mismas, y específicamente en lo que a este trabajo concierne respecto de los sistemas algorítmicos creados en su seno.

En línea de principio, la Directiva 2009/24 deja un amplio margen de libertad a los Estados miembros para regular la titularidad de los derechos sobre los programas de ordenador. Con independencia de que volvamos más adelante sobre algún otro de sus

⁹⁸ La Resolución sería anulada por la Sentencia 120/2019 del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo núm. 5, de 5 de noviembre, al considerar que la solicitud de información incurría en la causa de inadmisión del artículo 18.1.e) LTAIBG.

⁹⁹ En esta línea, en el recurso contencioso-administrativo presentado por la Fundación Civio respecto del acceso al código fuente del sistema BOSCO, se sostiene que este límite únicamente puede ser alegado por la Administración cuando se trate de una propiedad intelectual de titularidad ajena, toda vez que la finalidad de esta limitación no es sino tutelar derechos de un tercero (PRESNO LINERA, M. A., *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 80).

preceptos, procede ahora recordar lo que establece su artículo 2 («Titularidad de los derechos») en su primer apartado: «1. Se considerará autor del programa de ordenador a la persona física o grupo de personas físicas que lo hayan creado o, cuando la legislación de los Estados miembros lo permita, a la persona jurídica que sea considerada titular del derecho por dicha legislación. Cuando la legislación de un Estado miembro reconozca las obras colectivas, la persona física o jurídica que según dicha legislación haya creado el programa, será considerada su autor». Y a continuación su artículo 3, relativo a los «beneficiarios de la protección», dispone lo siguiente: «La protección se concederá a todas las personas físicas y jurídicas que cumplan los requisitos establecidos en la legislación nacional sobre derechos de autor aplicable a las obras literarias».

Así, pues, la Directiva habilita a los Estados incluso para determinar si atribuye la condición de autor de un programa a una persona jurídica. Habilitación de la que haría uso el legislador español, tal y como se refleja en el artículo 97 TRLPI¹⁰⁰:

«1. Será considerado autor del programa de ordenador la persona o grupo de personas naturales que lo hayan creado, o la persona jurídica que sea contemplada como titular de los derechos de autor en los casos expresamente previstos por esta Ley.

»2. Cuando se trate de una obra colectiva tendrá la consideración de autor, salvo pacto en contrario, la persona natural o jurídica que la edite y divulgue bajo su nombre. [...]

»5. La protección se concederá a todas las personas naturales y jurídicas que cumplan los requisitos establecidos en esta Ley para la protección de los derechos de autor».

De los dos primeros apartados del artículo 97 TRLPI se desprende que las personas jurídicas no es sólo que puedan ser «meros» titulares o beneficiarios de determinados derechos sobre los programas de ordenador, sino que incluso pueden recibir la consideración de *autores* de los mismos, alejándose así palmariamente del tradicional Derecho de Autor español en el que únicamente las personas físicas podían tener tal condición¹⁰¹. Lo cierto es que la recepción en nuestro ordenamiento de la atribución de la autoría a las personas jurídicas —propia del *copyright* anglosajón— tuvo en un sector de la doctrina el efecto del estallido de un trueno en un cielo sereno¹⁰².

¹⁰⁰ Con ocasión de la adaptación de nuestra legislación a la Directiva 91/250 CE ya se dieron claros pasos al respecto con alcance general. Así, el artículo 5 TRLPI, tras considerar «autor a la persona natural que crea alguna obra...», dispone acto seguido que «de la protección que esta Ley concede al autor se podrán beneficiar personas jurídicas en los casos expresamente previstos en ella». Y el artículo 8 contempla explícitamente, en relación con «los derechos sobre la obra colectiva», que pueden corresponder a la persona jurídica que la edite y la divulgue bajo su nombre.

¹⁰¹ APARICIO VAQUERO, J. P., *op. ci.*, nota 84, pp. 1418-1419.

¹⁰² Como «cataclismo conceptual» describe RODRÍGUEZ TAPIA la situación provocada por tal recepción [«Comentario al artículo 97», en: RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª edición, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 592].

La principal consecuencia que se deriva de la incorporación a nuestro ordenamiento de esa ficción jurídica de raíz anglosajona es que conlleva necesariamente la atribución a las personas jurídicas —junto a los derechos de naturaleza económica— de los derechos morales sobre el programa de ordenador¹⁰³. Pues de la autoría se sigue inescindiblemente, como se cuida de destacar generalizadamente la doctrina¹⁰⁴, la titularidad de los derechos morales, por más que esto suponga un «contrasentido» desde la perspectiva clásica de nuestro Derecho, en el que los derechos morales son, por definición, intransferibles¹⁰⁵.

Así, pues, y sobre la base de que nada autoriza a entender que queden excluidas las personas jurídico-públicas del artículo 97 TRLPI, en la medida en que los programas de ordenador creados por el personal al servicio de las Administraciones son reconducibles en la mayoría de las ocasiones a la categoría de «obra colectiva» en el sentido del art. 97.2 TRLPI¹⁰⁶, a ellas corresponde en su condición de «autoras» tanto los derechos de explotación como los derechos morales sobre los programas (entre los cuales se encuentra, como ya sabemos, el derecho a «decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma» *ex art. 14 1º TRLPI*)¹⁰⁷. Todo ello sin olvidar la even-

¹⁰³ Es más; quizá sea esta la única finalidad objetiva que persigue reconocer a las personas jurídicas la condición de autor. Como ha escrito Ángel Carrasco Parera con su exuberancia y agudeza habituales: «La segunda violencia que se practica sobre el sistema afecta al concepto de autoría. Si se lee el galimatías del art. 97, lo que se saca en claro [...] es que la empresa con cuya personal y medios se fabrica el programa tiene los derechos de propiedad intelectual; como es lógico. Pero al tener que meter este cadáver en el ataúd del *copyright* es como si no le cupieran los brazos; la ley se ve obligada a hablar de 'autoría', término impropio en este terreno propio de los programas; y como no sabe qué hacer con la autoría, comete el atropello de 'considerar' autor a la persona jurídica o a la empresa bajo cuya estructura organizativa se haya diseñado el programa. Ante esta bárbara 'consideración' (bastedad propia de la horda) preguntamos para qué sirve discutir aquí de autoría, de qué sirve llamar autor a la persona jurídica titular de la empresa. Y descubrimos (¿lo descubrió el legislador también?) que no tiene otro sentido que el de hacerle titular de derechos morales de autor» (Introducción al libro de FERNÁNDEZ MASÍA, E., *La protección de los programas de ordenador en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 22).

¹⁰⁴ Baste citar: APARICIO VAQUERO, J. P., *op. cit.*, nota 84, p. 1423; FERNÁNDEZ MASÍA, E., *op. cit.*, nota 82, pp. 1210-1211; PLAZA PENADÉS, J., *op. cit.*, nota 89, pp. 161-162; VENDRELL CERVANTES, C., «Comentario al artículo 14», en: PALAU RAMÍREZ, F./PALAU MORENO, G. (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 272.

¹⁰⁵ FERNÁNDEZ MASÍA, E., *op. cit.*, nota 82, p. 1211.

¹⁰⁶ En esta línea, APARICIO VAQUERO, J. P., *op. cit.*, nota 84, p. 1432.

¹⁰⁷ Por el contrario, según cabe inferir de la Resolución 253/2021, de 19 de noviembre de 2021, el CTBG parece partir de la idea de que las administraciones públicas no ostentan el derecho de propiedad intelectual sobre los algoritmos y programas que crean: «En el caso de esta reclamación, la administración no aclara quién es el creador del código fuente de la aplicación informática, si la propia administración o un tercero con quien ha contratado. El Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, define al autor en su artículo 5 como «la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica». Por lo tanto, si la administración es la autora del código fuente no cabe considerar afectada la propiedad intelectual, puesto que ésta no es un derecho que corresponda a una administración pública, sino únicamente a personas físicas y en casos muy concretos, que no resultan de aplicación al supuesto de esta reclamación, a personas jurídicas» (FJ 6º).

tual aplicabilidad a los programas elaborados por las Administraciones del artículo 6.2 TRLPI, el cual, en relación con las obras divulgadas en forma anónima, prevé que los derechos de propiedad intelectual (incluyendo los derechos morales) se ejercerán por las personas jurídicas que las saquen a la luz con el consentimiento de los correspondientes autores.

Por último, a fin de completar el panorama normativo en lo concerniente al desenvolvimiento del derecho a la propiedad intelectual cuando se elaboran programas de ordenador en el seno de la Administración, ha de tenerse presente lo dispuesto en el artículo 97.4 TRLPI: «Cuando un trabajador asalariado cree un programa de ordenador, en el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas o siguiendo las instrucciones de su empresario, la titularidad de los derechos de explotación correspondientes al programa de ordenador así creado, tanto el programa fuente como el programa objeto, corresponderán, exclusivamente, al empresario, salvo pacto en contrario»¹⁰⁸. Pues bien, aunque hay acuerdo generalizado acerca de que el precepto resulta directamente de aplicación a los programas elaborados para la Administración por contratados laborales, dista mucho de ser pacífica la tesis de que pueda extenderse a los programas creados en el marco de una relación funcional¹⁰⁹. Se trata en cualquier caso de una controversia de una limitada repercusión práctica a los efectos de este trabajo, ya que, con independencia de que la disposición no abarque la totalidad de los derechos sobre el programa sino «únicamente» los derechos de explotación, los programas de ordenador creados por los funcionarios entran en el ámbito de cobertura del art. 97.2 TRLPI según apuntamos líneas arriba.

Y, sin embargo, con lo dicho hasta ahora aún no se han zanjado todos los interrogantes planteados en torno al binomio propiedad intelectual/programas elaborados por las Administraciones, pues todavía queda por examinar cuál sea el alcance de las «exclusiones» a las que hace referencia el artículo 13 TRLPI: «No son objeto de propiedad intelectual las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores».

En primer término, y aun cuando pueda parecer una obviedad, no está de más apuntar que, dado que no excluye *sic et simpliciter* a la totalidad de las creaciones realizadas por las instituciones y organismos públicos, sino que menciona únicamente algunos supuestos, la disposición no viene sino a ratificar la capacidad general que

¹⁰⁸ Precepto que sigue muy de cerca lo establecido en el artículo 2.3 de la Directiva 2009/24: «Cuando un trabajador asalariado cree un programa de ordenador en el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas, o siguiendo las instrucciones de su empresario, la titularidad de los derechos económicos correspondientes al programa de ordenador así creado corresponderá, exclusivamente, al empresario, salvo pacto en contrario».

¹⁰⁹ APARICIO VAQUERO, J. P., *op. cit.*, nota 84, p. 1432; FERNÁNDEZ MASÍÁ, E., *op. cit.*, nota 82, p. 1214.

tienen las Administraciones públicas para ostentar la titularidad del derecho de propiedad intelectual sobre sus obras¹¹⁰.

Pero, como adelantamos, la principal controversia suscitada por este artículo 13 TRLPI se centra en determinar si los programas y algoritmos elaborados por las Administraciones forman parte, o no, del listado de exclusiones que contiene. Una cuestión que fue planteada abiertamente en el recurso interpuesto por la Fundación Civio contra la Resolución del CTBG 701/2018, que consideró cubiertos por el derecho a la propiedad intelectual determinados aspectos de una aplicación telemática. Según se refleja en el Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia que resolvió el recurso, la Fundación alegó la «vulneración de lo dispuesto en los artículos 13 y 31 bis del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, dado que el límite del artículo 14.1.j) de la LTAIBG puede aducirse por la administración cuando el código objeto de petición pudiera ser de titularidad de un tercero, pero nunca y en ningún caso cuando la titularidad de dicho código es de una Administración pública, puesto que nada hay en la legislación que permita ocultar la motivación de los actos con los que se nos gobierna» (Sentencia 143/2021 del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 8, de 30 de diciembre de 2021).

Alegación que sería rechazada por el Juzgado en los siguientes términos: «[...] hay que tener en cuenta que el código fuente de la mencionada aplicación informática no está dentro de las exclusiones de la propiedad intelectual, mencionadas en el artículo 13 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, de propiedad intelectual, precepto invocado por la entidad recurrente, pues dicho código no es una norma ni un acto administrativo» (Fundamento Cuarto).

A mi juicio, considerar que los programas y algoritmos forman parte de los supuestos excluidos sólo puede fundamentarse en una interpretación sumamente expansiva del artículo 13 TRLPI, difícilmente sostenible dada su naturaleza de norma excepcional¹¹¹. Ciertamente, los programas de ordenador no son reconducibles —sin retorcer los propios términos empleados por la norma— a ninguna de las categorías mencionadas en el artículo 13 TRLPI —«disposiciones reglamentarias», «actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes»—, por lo que no parece factible concluir que los algoritmos de creación pública queden al margen del ámbito material protegido por el derecho de propiedad intelectual en virtud de la reiterada disposición. Por otro lado, de abrazarse esa interpretación expansiva, se facilitaría una explotación económica ilimitada de los programas y algoritmos públicos por parte de terceros.

¹¹⁰ Véase en relación con el §5 de la Ley de Propiedad Intelectual alemana —una disposición, con alguna variante, semejante a nuestro art. 13 TRLPI—, WEGENER, B. W., *Zum Verhältnis des Rechts auf freien Zugang zu Umweltinformationen zum Urheberrecht —Gutachten—*, Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, mayo 2010, §§ 83-94.

¹¹¹ «Como toda norma excepcional, no es susceptible de interpretación extensiva o aplicación analógica» [BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 13», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 2017, p. 224].

En realidad, lo que subyace tras esa lectura extensiva del artículo 13 TRLPI es la convicción de que los sistemas automatizados de toma de decisiones son comparables estructuralmente con los reglamentos¹¹², razón por la cual habría que extender a los mismos las garantías de las que disfrutaban las normas reglamentarias¹¹³. Un enfoque que, llevado hasta sus últimas consecuencias, conduce a entender que hay una plena equiparación material entre los algoritmos y las normas, resultando por ende de aplicación dicha disposición a aquéllos: «El código fuente y los algoritmos, al igual que la ley y la jurisprudencia en aplicación del artículo 13 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, deben ser de dominio público»¹¹⁴.

Es difícil no coincidir con la valoración de que deberían ampliarse determinadas garantías propias de los reglamentos a los procesos de toma de decisiones algorítmicas. Pero el cumplimiento de este «deber» incumbe en primer término y sobre todo al legislador, que habrá de emprender las reformas normativas que sean pertinentes a tal objeto. Creo, sin embargo, que su silencio no puede ser suplido con una interpretación forzada de los términos literales empleados por la normativa vigente, haciéndoles decir lo que en realidad no dicen. En fin, según entiendo, no es posible sostener que los algoritmos utilizados para la toma de decisiones administrativas queden excluidos del ámbito del derecho a la propiedad intelectual en virtud del art. 13 TRLPI.

A modo de recapitulación de cuanto llevamos dicho acerca de la posibilidad de que se invoque el límite del derecho a la propiedad intelectual respecto de los programas de ordenador que han creado las propias Administraciones públicas, conviene destacar lo siguiente:

- En su consideración de autoras de los programas en cuanto obra colectiva (art. 97.2 TRLPI), son titulares tanto de los derechos morales como de los derechos de explotación sobre los mismos. Asimismo, cabe plantearse la aplicabilidad del concepto de «obra anónima» (art. 6.2 TRLPI) al supuesto que nos ocupa —los programas de ordenador de creación pública—, en cuyo caso la Admi-

¹¹² MARTINI, M.; NINK, D., *op. cit.*, nota 15, p. 10.

¹¹³ Por lo que hace a la literatura española, véase por todos BOIX PALOP, A., «Los algoritmos son reglamentos: La necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la adopción de decisiones», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* Vol.1, 2020, p. 224 y ss. Enfoque de Boix que es compartido por BALAGUER CALLEJÓN, F., para quien los algoritmos «si materialmente realizan las mismas funciones que los reglamentos, deben estar sometidos a similares garantías» (*La constitución del algoritmo*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, 2022, p. 39).

¹¹⁴ DE LA CUEVA, J., «Código fuente, algoritmos y fuentes del Derecho», *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 77, 2018 (<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-77/opinion/opinion/8382-codigo-fuente-algoritmos-y-fuentes-del-derecho>; fecha de la última consulta: 16 de diciembre de 2022)]. Valoración que el autor ha reiterado en «La importancia del código fuente», en: CAPILLA RONCERO, F. *et al.* (dirs.), *Derecho digital: Retos y cuestiones actuales*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

- nistración, aun no ostentando la titularidad, puede ejercitar en nombre propio los derechos morales y los derechos de explotación.
- Una vez constatado que, en efecto, los programas de ordenador de creación pública entran bajo el ámbito de cobertura material del límite del derecho a la propiedad intelectual, procede ya determinar si el acceso a los mismos o a algunos de sus elementos integrantes entraña un riesgo actual, real, no meramente hipotético. Y aquí, por su propia naturaleza, es necesario diferenciar entre las dos categorías de derechos que componen el genérico derecho a la propiedad intelectual.
 - a) Por lo que hace a los derechos de explotación (cuyo contenido, en lo fundamental, se delimita en el art. 99 TRLPI), puede llegarse a la conclusión de que la vía del «acceso condicionado» es una fórmula a la que cabe recurrir para armonizar el derecho de acceso y el derecho a la propiedad intelectual, toda vez que está orientada a minimizar —o, en el mejor de los casos, erradicar— el riesgo de afectación de los intereses económicos inherentes a los derechos de explotación.
 - b) Diferente es la valoración que puede hacerse cuando se trata del específico derecho moral a decidir si la «obra ha de ser divulgada y en qué forma» (art. 14 1º TRLPI), puesto que el acceso no consentido a la misma entraña *per se* un daño actual al interés jurídico protegido por este derecho, que no es otro que la capacidad de disponer libremente si la obra se expone, o no, a la consideración del público en general, con independencia de los eventuales efectos económicos que la exposición pueda conllevar. Por consiguiente, dado que el mero acceso supone ya la irrogación de un perjuicio real y no meramente hipotético, de nada vale la fórmula del «acceso condicionado» para enervar la virtualidad del límite.
 - Pero esto no supone que quede ya blindado, opacado, el algoritmo en cuestión. Aún quedaría por resolver el tercer paso del *test*, a saber: que la aplicación de este límite esté «justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección», debiendo atenderse a «las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso» (art. 14.2 LTAIBG). Previsiblemente, dada la relevancia que tiene para la generalidad de la ciudadanía —y para el concreto afectado en particular— que se revele el algoritmo al objeto de conocer el proceso de toma de decisiones administrativas —núcleo duro del sistema de transparencia—, es de esperar que de forma absolutamente mayoritaria el resultado de la ponderación no será otro que el de estimar la solicitud de acceso. A menos que la Administración exponga y acredite otras consideraciones que justifiquen la retención de la información, como podría ser, por ejemplo, que el conocimiento del algoritmo permita a los ciudadanos eludir su aplicación. Pero sobre esto tendremos que volver más adelante (apartado III.2.4), ya que cabe plantearse como

hipótesis de trabajo si, acaso, la Administración no encuentra también alguna defensa frente a esta práctica de sortear la decisión algorítmica en otros límites previstos en la LTAIBG.

d) Los programas elaborados por particulares para las Administraciones públicas

En el caso nada infrecuente —más bien habitual— de que la Administración emplee algoritmos creados por una empresa externa, puede suceder que no disponga de la información pretendida sobre los mismos¹¹⁵. Circunstancia que, como es sabido, no puede servir de justificación de alcance general para rechazar *sic et simpliciter* la correspondiente solicitud, toda vez que la legislación reguladora de la transparencia impone al sector privado, en determinadas circunstancias, la obligación de que suministre a la Administración toda la información necesaria que le permita cumplir con las exigencias establecidas en aquella legislación. Las posibilidades de este mecanismo encuentran, sin embargo, un sustancial condicionante que opera como un notable obstáculo para la transparencia en los supuestos que nos ocupan: «Esta obligación se extenderá a los adjudicatarios de contratos del sector público en los términos previstos en el respectivo contrato» (art. 4 LTAIBG)¹¹⁶.

Los términos contractuales se han erigido, pues, prácticamente desde el arranque mismo de la legislación reguladora del derecho a acceder a la información, como la principal rémora de la transparencia en la generalidad de los países cuando de software se trata.

Así se refleja de modo paradigmático en la experiencia de los Estados Unidos. Tal y como señamos *supra* en el epígrafe III.1.1, el hecho de que el programa esté bajo el control de la Administración constituye un requisito esencial para catalogar la información como *agency record* y, por ende, resultar accesible con base en la *Freedom of Information Act*. Consiguientemente, dado que lo usual es que la Administración obtenga el uso del software a través de un acuerdo contractual que limita específicamente su utilización y reserva el resto de las facultades de disposición a la empresa creadora

¹¹⁵ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «Actividad administrativa automatizada y utilización de algoritmos», en CASTILLO BLANCO, F. A. *et al.* (dirs.), *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (I): Digitalización y transparencia*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2022, p. 271. En este sentido, asimismo VESTRI, G., *op. cit.*, nota 62, p. 384.

¹¹⁶ Algunas leyes autonómicas reguladoras de la transparencia incorporan la exigencia de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares o documento contractual equivalente especifiquen dicha obligación (así, por ejemplo, artículo 4.2 de la Ley andaluza). La nueva ley valenciana 1/2022, dando un paso más, precisa que dichos documentos deben asimismo recoger «los medios para su cumplimiento y los mecanismos de control y seguimiento» (art. 5.2), añadiendo a continuación: «Sin perjuicio de ello, la no inclusión de esta obligación en estos instrumentos no exime de su cumplimiento» (véase FERNÁNDEZ RAMOS, S., «Derecho de acceso: Dos novedades autonómicas en 2022 y una tercera que no pudo ser», en: *Revista Española de la Transparencia*, núm. 15, julio-diciembre 2022, pp. 39-40).

del programa, la cuestión se centra en determinar en los casos concretos si la Administración ostenta el suficiente control sobre el mismo para poder considerarlo *agency record* a los efectos de la FOIA¹¹⁷. Y lo cierto es que, a la larga, ha terminado prevaleciendo una lectura jurisprudencial estricta de cuándo un archivo está bajo el control de la Administración. En efecto, se tiende a considerar que no hay «control» si la Administración no tiene unas posibilidades no restringidas de usar la aplicación informática de que se trate¹¹⁸. Y, en aplicación de esta doctrina, en el caso resuelto en la Sentencia *Gilmore v. US Dept. of Energy*¹¹⁹, en el que la Administración no disponía de una licencia de uso exclusivo del programa CLERVER, se consideró que el Departamento involucrado carecía del suficiente control sobre el mismo para considerarlo un *agency record* a efectos de la ley reguladora del derecho de acceso a la información.

Pero también en países como Francia, tan sensibilizados con garantizar la transparencia en los sistemas de toma de decisiones algorítmicas, este límite juega un papel determinante en este tipo de supuestos. Así es; los dictámenes de la CADA que atienden a la solicitud de acceder a códigos fuente suelen reconocerlo con la salvedad de que haya terceros que ostenten derechos de propiedad intelectual sobre los códigos (véanse, por ejemplo, el *Avis* 20144578, de 8 de enero de 2015, y el *Avis* 20161990, de 23 de junio de 2016).

En lo que a España concierne, es de notar que la regla general, en línea de principio, es que la contratación de servicios con empresas privadas conlleve la cesión de los derechos de propiedad intelectual a la Administración¹²⁰ según se desprende del artículo 308.1 de la Ley de Contratos del Sector Público:

«Salvo que se disponga otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de este a la Administración contratante. En todo caso, y aun cuando se excluya la cesión de los derechos de propiedad intelectual, el órgano de contratación podrá siempre autorizar

¹¹⁷ Así se planteó ya abiertamente en el Informe elaborado en el año 1990 por el Departamento de Justicia sobre la noción de documento electrónico en el marco de la FOIA (*Department of Justice Report on «Electronic Record» FOIA Issues*, FOIA Issues, Part II. FOIA Update Vol. XI, N° 3, 1990. Issue D: Status of Computer Software).

¹¹⁸ *Tax Analysts v. United States Dept. of Justice*, 913 F. Supp. 599 (D.D.C.1996).

¹¹⁹ 4 F. Supp. 2d 912 (N.D. Cal. 1998).

¹²⁰ Regla general que ocasionalmente ha sido utilizada por las autoridades de control al argumentar sobre la posible aplicabilidad de este límite a la concreta controversia enjuiciada. Valga como ejemplo la Resolución del CTBG 253/2021, de 19 de noviembre: «Si el autor es una persona física o jurídica con la que ha contratado la Comunidad de Madrid, lo habitual en estos casos es que la primera ceda los derechos de propiedad intelectual en favor de la segunda. [...] Por lo tanto, parece razonable concluir con que no se ha producido tal cesión en el caso que ocupa esta reclamación, toda vez que si la cesión hubiera tenido lugar la Comunidad de Madrid lo indicaría así expresamente en su resolución y alegaciones como argumento concluyente para afirmar la concurrencia del límite de la propiedad intelectual» (FJ 6º).

el uso del correspondiente producto a los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público.»

En el caso de que en los pliegos o en el correspondiente documento contractual no se disponga otra cosa y, por tanto, se produzca tal cesión del derecho a la propiedad intelectual sin ningún condicionante, este límite operaría en idénticos términos a como lo hace cuando el programa informático es creado directamente por la propia Administración.

Sin embargo, en la práctica es habitual que los contratistas establezcan cláusulas de confidencialidad o faciliten a la Administración aplicaciones cerradas que no permiten el acceso al código fuente¹²¹. En estos supuestos, ante la pretensión del solicitante de que se ponga en su conocimiento información sobre el algoritmo, a la Administración no le queda sino confiar en que la empresa se avenga voluntariamente a atender tal petición y le transmita la información pertinente. Frente a la más que probable respuesta denegatoria del contratista, nuestro marco normativo regulador de la transparencia no ofrece, hoy por hoy, ningún mecanismo que asegure el acceso a estos algoritmos.

La superación de la opacidad en estos supuestos sólo parece factible —como lo atestigua alguna experiencia de Derecho Comparado¹²²— si se introducen las reformas normativas precisas que impongan específicas obligaciones de transparencia en este ámbito, de tal manera que el derecho de acceder a información sobre los algoritmos no quede enteramente al albur de la libertad negocial.

III.2.2. *El límite de los intereses económicos y comerciales*

A menudo, la invocación del derecho a la propiedad intelectual para justificar la denegación del acceso a los algoritmos se ve acompañada por la apelación al límite de los «intereses económicos y comerciales» [art. 14.1.h) LTAIBG]. Cosa lógica, por lo demás, toda vez que frecuentemente los intereses protegidos por ambos límites son prácticamente coincidentes cuando de empresas se trata¹²³. Así sucede palmariamente cuando lo que está en juego son los derechos de explotación de la propiedad intelectual.

¹²¹ Así, entre otros, PONCE SOLÉ, J., *op. cit.*, nota 23. Sencillamente, como ha reprochado BOIX PALOP, en numerosas ocasiones se aceptan «las condiciones de uso impuestas por los desarrolladores de manera acrítica» (*op. cit.*, nota 94, p. 96).

¹²² Muy interesante es, sin duda, una Ley del Estado de Washington aprobada el año 2019 en la que, entre otros aspectos, se incorporan apreciables medidas tendentes a potenciar la transparencia de los sistemas automatizados de decisiones [H.R. 1655, 66th Leg., Reg. Sess. (Wash. 2019)]. Cifándonos estrictamente al asunto que ahora nos ocupa, a fin de asegurar que la Administración esté siempre en condiciones de explicar las decisiones basadas en sistemas algorítmicos, la Ley contempla que la Administración pueda requerir al contratista la elaboración de tal explicación (<https://app.leg.wa.gov/bills/summary?BillNumber=1655&Year=2019>).

¹²³ En este sentido, GUICHOT, E.; BARRERO, C., *op. cit.*, nota 67, p. 347.

tual, pero también el solo y mero acceso al código fuente puede incidir tanto en el ámbito material tutelado por el art. 14.1.j) LTAIBG como en el que es objeto de protección en el límite que ahora nos ocupa, habida cuenta de que los secretos empresariales son una parte esencial integrante del mismo. Y parece evidente que el código fuente será, por lo general, un «secreto empresarial»¹²⁴ —o «secreto comercial» (*trade secret*), para decirlo en los términos empleados usualmente en la esfera anglosajona y de creciente utilización en el marco normativo de la Unión Europea—.

La estrecha conexión entre los intereses protegidos por ambos límites se pone de manifiesto en la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Desde su punto de vista, cuando se esgrime el secreto empresarial frente a una pretensión de acceder a información, entran en juego tanto el derecho a la propiedad intelectual como el derecho a la libertad de empresa, consagrados respectivamente por los artículos 17.2 y 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea [en este sentido, véase la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 23 de noviembre de 2016, *Bayer CropScience SANV y Stichting De Bijenstichting* (asunto C442/14), apartado 97 y ss.].¹²⁵

Y, de hecho, ha sido tradicionalmente el secreto comercial el principal argumento esgrimido en algunos de los países de nuestro entorno para denegar el acceso a los algoritmos empleados por las empresas¹²⁶.

En este sentido, por mencionar uno de los países pioneros en legislar en materia de derecho de acceso a la información pública —los Estados Unidos—, hay una coincidencia absolutamente generalizada en señalar que el secreto comercial constituye el más relevante límite que impide la transparencia algorítmica; máxime cuando, carentes habitualmente las Administraciones de los recursos precisos para desarrollar ellas mismas las herramientas para la toma de decisiones automatizadas, deben recurrir al sector privado para que le suministren los sistemas necesarios¹²⁷. Acuerdos con las empresas que frecuentemente se ven acompañados con garantías de que el contenido de los sistemas han de ser tratados como secretos comerciales.

¹²⁴ SCHNEIDER, J., *op. cit.*, nota 33, p. 1051.

¹²⁵ Y en el caso de los Estados Unidos, la relación del secreto comercial se hace directamente con el derecho a la propiedad sin más, de tal suerte que la divulgación pública de un secreto comercial por parte de la Administración puede suponer una privación de la propiedad privada sujeta a una justa compensación de acuerdo con la Quinta Enmienda de la Constitución [Sentencia del Tribunal Supremo *Ruckelshaus v. Monsanto Co.*, 467 U.S. 986 (1984), 1002-1004]. Véase MENELL, P. S., «Tailoring a Public Policy Exception to Trade Secret Protection», en: *California Law Review*, Vol. 105, N° 1 (February 2018), p. 12. En lo que a España concierne, nótese que el Capítulo III de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, versa precisamente sobre «El secreto empresarial como objeto del derecho de propiedad».

¹²⁶ Con alcance general, se ha señalado fundadamente que es el secreto comercial la «más común forma de protección utilizada por las empresas» (POOLEY, J., «Trade secrets: The other IP right», en: *WIPO Magazine*, 3/2013, p. 2).

¹²⁷ Baste apuntar BLOCH-WEHBA, H., *op. cit.*, nota 29, p. 1272; BUSUTOC, M., «Accountable Artificial Intelligence: Holding Algorithms to Account», *Public Administration Review*, Vol. 00, Iss. 00, p. 5 (DOI: 10.1111/puar.13293); DIAKOPOULOS, N., *op. cit.*, nota 30.

En efecto, estos últimos se hallan tutelados en la Exención 4 de la FOIA, que establece que no tienen que divulgarse los secretos comerciales, ni la información comercial o financiera obtenida de una persona que sea privilegiada o confidencial (*trade secrets and commercial or financial information obtained from a person and privileged or confidential*). De conformidad con la jurisprudencia recaída al respecto, puede catalogarse como confidencial a los efectos de esta excepción aquella información cuya divulgación probablemente genere alguno de los siguientes efectos: 1) mermar la capacidad del gobierno para obtener en el futuro información necesaria; o 2) causar un daño sustancial a la posición competitiva de la persona de la que se ha obtenido la información. Así, pues, es suficiente con que se acredite que hay una competencia efectiva y la probabilidad de que se irroge un perjuicio sustancial para que una información comercial se considere bajo el ámbito de cobertura de la Excepción 4 [*GC Micro Corp. v. Defense Logistics Agency*, 33 F.3d 1109, 1112-1113 (9th Cir.1994), citando *National Parks & Conservation Ass'n v. Morton*, 498 F.2d 765, 770 (D.C.Cir.1974)].

Y en la ponderación entre el interés público inherente a la divulgación de la información y el interés perseguido por el legislador al establecer la excepción, el único interés público a valorar es el de si su difusión puede servir a la finalidad esencial de la FOIA de contribuir significativamente al conocimiento público de las funciones o actividades del gobierno¹²⁸. En cualquier caso, la tendencia es apreciar la concurrencia de esta excepción y, por ende, denegar las solicitudes de información en que estén involucrados softwares desarrollados por empresas privadas¹²⁹.

Pero esta operatividad del límite no es exclusiva del ámbito estadounidense, pues también ha dado muestra de su eficacia en instituciones de países tan proclives a la transparencia como Francia. Así se pone de manifiesto en el Dictamen de la CADA 20142953, de 16 de octubre de 2014, en donde se resolvía la pretensión de acceder al programa informático desarrollado por una sociedad privada para el Consejo General del Ródano. La CADA acordaría dar el acceso al programa, pero procediendo previamente a la ocultación de los aspectos cubiertos por el «secreto en materia comercial e industrial» mencionado en el artículo 6 de la Ley 78-753, de 17 de julio de 1978¹³⁰.

¹²⁸ *United States Dep't of Defense v. Federal Labor Relations Auth.*, 510 U.S. 487, 495, 114 S. Ct. 10006, 127 L. Ed. 2d 325 (1994); *Bibles v. Oregon Natural Desert Ass'n*, 519 U.S. 335, 117 S. Ct. 795, 795, 136 L. Ed. 2d 825 (1997).

¹²⁹ En esta línea, *Gilmore v. US Dept. of Energy*, 4 F. Supp. 2d 912 (N.D. Cal. 1998).

¹³⁰ Y, acto seguido, precisaría el Dictamen el alcance de lo protegido por este límite: «Se recuerda a estos efectos que están amparados por el secreto industrial y comercial las menciones relativas a una de las tres categorías siguientes: a) El secreto de los procesos. Se trata de información que permite conocer las técnicas de fabricación o el contenido de las actividades de investigación y desarrollo de las empresas, como la descripción de los materiales utilizados; b) El secreto de la información económico-financiera. Esta categoría incluye información relacionada con la situación económica de una empresa, su salud financiera o el estado de su crédito, como el volumen de negocios, los documentos contables, el personal y, en general, toda la información que pueda revelar el nivel de actividad; c) El secreto de las estrategias comerciales. Esta categoría incluye información sobre precios y prácticas comerciales como el inventario detallado de una tienda, la lista de sus proveedores, el monto de los descuentos otorgados a ciertos clientes, etc.»

Antes de abordar el examen del régimen jurídico hoy vigente regulador del límite *ex* artículo 14.1.h) LTAIBG, quizá no sea inoportuno señalar que, al preservar la Administración los intereses económicos y comerciales de las empresas contratistas, de modo tangencial pueden ser también sus propios intereses objetivos los que se estén tutelando.

Como agudamente ha argumentado el Tribunal Supremo al interpretar la Exención 4 de la FOIA: «cuando el Congreso aprobó la FOIA, buscaba un “equilibrio viable” entre la divulgación y otros intereses gubernamentales —intereses que pueden incluir proporcionar a las partes privadas garantías suficientes sobre el tratamiento de su información particular para que cooperen en los programas federales y proporcionen al gobierno información vital para su trabajo.» [*Food Marketing Institute v. Argus Leader Media*, 139 S. Ct. 2356, 2366 (2019)]. «La propia existencia de la exención 4 anima a los proveedores a facilitar voluntariamente información comercial o financiera útil a la Administración y ofrece a esta la garantía de que la información solicitada será fiable». [*Critical Mass Energy Project v. NRC*, 975 F.2d 871, 878 (D.C. Cir. 1992)]. Por consiguiente, como adelantamos líneas arriba, una de las finalidades de la Exención 4 es evitar que la divulgación de determinada información produzca el indeseado efecto de «mermar la capacidad del gobierno para obtener en el futuro información necesaria». Pues, según se reconocería en *Gilmore v. US Dept. of Energy* refiriéndose específicamente al acceso a un programa informático, pocas dudas hay que albergar acerca de que «las empresas estarán menos dispuestas a crear empresas conjuntas con el gobierno para desarrollar tecnología si esta puede distribuirse libremente a través de la FOIA.» [4 F. Supp. 2d 912 (N.D. Cal. 1998)]. En suma, reina en los Estados Unidos casi la plena certidumbre de que tutelar los algoritmos creados por las empresas como secreto comercial incentiva que estas creen modelos predictivos para aplicaciones públicas¹³¹.

a) La aplicabilidad de la categoría de «secreto comercial» a los algoritmos

En la actualidad, sin embargo, como también sucede con el derecho a la propiedad intelectual, es un asunto que está primariamente regulado por el legislador europeo, a saber, por la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas. Como se reconoce en su Considerando 3, el objetivo central de la Directiva es elevar con alcance general el nivel de tutela del que hasta entonces gozaba el secreto comercial: «Los secretos comerciales son una de las modalidades de protec-

¹³¹ BRAUNEIS, R.; GOODMAN, E. P., «Algorithmic Transparency for the Smart City», en: *The Yale Journal of Law & Technology*, Vol. 20, 103, 2018, p. 159.

ción de la creación intelectual y de los conocimientos técnicos innovadores que las empresas más suelen utilizar, pero también es la modalidad menos protegida por el actual marco jurídico de la Unión contra la obtención, utilización o revelación ilícitas por terceros».

Directiva que pronto fue valorada como un paso muy relevante en el incremento de la protección del secreto empresarial en relación con los algoritmos en particular¹³². Pues lo que resultó evidente desde el principio es que los sistemas de toma de decisiones algorítmicas se hallaban bajo el ámbito de cobertura de la Directiva, e incluso ésta venía a asegurar y eliminar todo tipo de incertidumbre que pudiera existir sobre el particular.

En efecto, los algoritmos son claramente reconducibles a la noción de secreto comercial consagrado en la Directiva [artículo 2.1)]¹³³, puesto que no suelen ser generalmente conocidos ni fácilmente accesibles, tienen valor comercial y las personas que los controlan tienden a adoptar las medidas pertinentes para preservar su secreto. En este sentido, se ha destacado que cuando los algoritmos se ponen a disposición de terceros, estos quedan obligados a mantener la confidencialidad al respecto. Como sucede con los programas informáticos corrientes, las empresas pueden conceder licencia sobre el código objeto, mantener secreto el código fuente y prohibir la ingeniería inversa (o descompilación) del código objeto a través de una específica cláusula contractual¹³⁴. En suma, no cabe dudar de que las empresas suelen utilizar los instrumentos jurídicos necesarios para restringir el acceso y preservar la confidencialidad de los algoritmos, quedando por ende bajo el ámbito de cobertura de la Directiva.

Debe notarse, por otra parte, que la tutela que brinda esta Directiva reguladora de los secretos comerciales es más extensa que la que proporciona la Directiva 2009/24/CE sobre la protección jurídica de los programas de ordenador. Como señalamos *supra* [epígrafe III.2.1.a)], esta última se proyecta a «cualquier forma de expresión de un programa de ordenador» (art. 1.2), pero excluye expresamente a las «ideas y principios en los que se base cualquiera de los elementos de un programa de ordenador, incluidos los que sirven de fundamento a sus interfaces». Restricción que conlleva que queden al margen del derecho a la propiedad intelectual «ideas» tales como la funcionalidad de un programa de ordenador, el lenguaje de programación o el formato de los archi-

¹³² Así, por ejemplo, SCHEJA, K., *op. cit.*, nota 19, *passim*.

¹³³ Según establece su artículo 2: «A los efectos de la presente Directiva se entenderá por: 1) «secreto comercial»: la información que reúne todos los requisitos siguientes: a) ser secreta en el sentido de no ser, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión, ni fácilmente accesible para estas; b) tener un valor comercial por su carácter secreto; c) haber sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias del caso, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente ejerza su control».

¹³⁴ MAGGIOLINO, M., «EU Trade Secrets Law and Algorithmic Transparency» (March 31, 2019), en: *Bocconi Legal Studies Research Paper* No. 3363178, p. 8 [Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3363178>; o bien en <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3363178>].

vos de datos utilizados en un programa de ordenador para explotar algunas de sus funciones¹³⁵.

Este flanco abierto parece quedar, sin embargo, resguardado con la Directiva (UE) 2016/943, pues las «ideas» en general son reconducibles al concepto amplio de secreto comercial del que parte la misma. En efecto, al regular la obtención ilícita de un secreto comercial, su artículo 4.2.a) hace referencia a «cualquier documento, objeto, material, sustancia o fichero electrónico, que se encuentre legítimamente bajo el control del poseedor del secreto comercial y que contenga el secreto comercial o a partir del cual este se pueda deducir»¹³⁶.

Ahora bien, este extenso ámbito de protección del secreto comercial delimitado por la Directiva (UE) 2016/943 no se configura como un espacio absoluto e incondicionado. Antes al contrario, la propia Directiva contempla en su artículo 1.2 que la misma no afectará: «a) al ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información recogido en la Carta, incluido el respeto a la libertad y al pluralismo de los medios de comunicación; b) a la aplicación de las normas de la Unión o nacionales que, por motivos de interés público, exijan a los poseedores de secretos comerciales divulgar información, incluidos secretos comerciales, o comunicarla a las autoridades administrativas y judiciales para el ejercicio de las funciones de esas autoridades». Y, en consonancia con esta disposición, su artículo 5 («Excepciones») establece que «[l]os Estados miembros garantizarán que se deniegue la solicitud de las medidas, procedimientos y recursos previstos en la presente Directiva cuando la presunta obtención, utilización o revelación del secreto comercial haya tenido lugar en cualquiera de las circunstancias siguientes: a) en ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información recogido en la Carta, incluido el respeto a la libertad y al pluralismo de los medios de comunicación. [...] d) con el fin de proteger un interés legítimo reconocido por el Derecho de la Unión o nacional.»

Con independencia del ejercicio de la libertad de información¹³⁷, la Directiva confiere, además, un cierto margen de maniobra a los legisladores nacionales para ar-

¹³⁵ STJUE (Gran Sala) de 2 de mayo de 2012 (asunto C406/10) *SAS Institute Inc. y World Programming Ltd*, apartado 39.

¹³⁶ Consúltese al respecto MAGGIOLINO, M., *op. cit.*, nota 135, p. 6; NOTO LA DIEGA, G., «Against the Dehumanisation of Decision-Making — Algorithmic Decisions at the Crossroads of Intellectual Property, Data Protection, and Freedom of Information», en: *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law (JIPITEC)*, 9, 2018, apartado 37 [última consulta: 17/02/2023].

¹³⁷ Como es sabido, existe una estrecha conexión entre el derecho a la libertad de información y el derecho de acceso a la información pública establecido por las leyes reguladoras de la transparencia. Vínculo tan íntimo, que el TEDH viene sosteniendo que, en determinadas circunstancias, cuando es un periodista quien ejerce el derecho de acceso, cabe entender que lo que entra en juego es el derecho a recibir y comunicar información consagrado en el artículo 10 del Convenio. Y en aplicación del mandato hermenéutico contenido en el art. 10.2 CE, algunas autoridades de control asumen también que el derecho de acceso a la información pública enraizado en el art. 105 b) CE pasa a operar, en este supuesto, como el derecho fundamental consagrado en el artículo 20.1.d) CE [así, por ejemplo, véanse las Resoluciones del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía 10/2017 (FJ 2º) y 330/2019 (FJ 6º)].

monizar el secreto comercial con razones de interés público o de interés legítimo, que podrían llevar a justificar el levantamiento del velo del secreto. Y así sucede palmariamente con las exigencias de transparencia que los Estados miembros puedan establecer a fin de alcanzar un mejor control de la toma de decisiones de las Administraciones por parte de la ciudadanía. El propio Considerado 11 de la Directiva lo reconoce en términos inequívocos:

«La presente Directiva no debe afectar a la aplicación de las normas de la Unión o nacionales que exigen la divulgación de información, incluidos los secretos comerciales, o su comunicación a las autoridades públicas. Tampoco debe afectar a la aplicación de las normas que permiten a las autoridades públicas recabar información para el ejercicio de sus funciones, ni a las normas que permiten o exigen a tales autoridades públicas cualquier otra divulgación de información pertinente. Tales normas incluyen, en particular, las relativas a la divulgación por las instituciones y órganos de la Unión, o por las autoridades públicas nacionales, de información sobre empresas que obren en su poder en virtud del Reglamento (CE) n° 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, del Reglamento (CE) n° 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de la Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, *o de otras normas sobre el acceso público a documentos o las obligaciones en materia de transparencia de las autoridades públicas nacionales.*» (el énfasis es nuestro)

A partir de la aprobación de esta Directiva, y a falta aún de su transposición en el ordenamiento interno, se contaba ya con un firme referente normativo que permitió a las autoridades de control delimitar el concepto de «secreto comercial» a los efectos de la aplicación del límite *ex art. 14.1.h*) LTAIBG. Baste como muestra la Resolución 120/2016 del Consejo andaluz de Transparencia y Protección de Datos, que efectuó una aproximación a la noción de secreto comercial que partía —como no podía ser de otra manera— del sistema conceptual de dicha Directiva 2016/943:

«[...] de la repetida Directiva cabe inferir determinados elementos estructurales del concepto «secreto comercial», los cuales, por lo demás, ya se habían asumido con anterioridad en otros países de nuestro entorno [así, la Sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán, de 14 de marzo de 2006, número marginal 87, *BVerfGE* 115, 205 (230)]. Por una parte, la información que se quiere mantener secreta debe versar sobre hechos, circunstancias u operaciones que guarden conexión directa con la actividad económica propia de la empresa. Por otro lado, debe tratarse de una información que no tenga carácter público, esto es, que no sea ya ampliamente conocida o no resulte fácilmente accesible para las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice ese tipo de información. En tercer término, debe haber una voluntad subjetiva de mantener alejada del conocimiento público la información en cuestión. Y, finalmente, dado que no

basta con la concurrencia de este elemento subjetivo, también es necesaria la existencia de un legítimo interés objetivo en mantener secreta la información de que se trate. Interés objetivo que, obviamente, debe tener naturaleza económica, y que cabrá identificar —por ceñirnos a lo que a este caso concierne— cuando la revelación de la información refuerce la competitividad de los competidores de la empresa titular del secreto, debilite la posición de ésta en el mercado o le cause un daño económico al hacer accesible a los competidores conocimientos exclusivos de carácter técnico o comercial.» (FJ 5º).

La transposición de la Directiva se llevaría a efecto con la aprobación de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, la cual, sin embargo, no hace uso de la libertad de configuración habilitada por el legislador europeo a favor de los Estados miembros para que ajusten el secreto comercial a las exigencias de la transparencia pública. En este sentido, la Ley 1/2019 no supone ningún avance en la concreción de la libertad de información o del «interés legítimo» como causas legitimadoras de la divulgación del secreto empresarial, limitándose a recordar las previsiones generales ya contenidas en la Directiva¹³⁸.

El panorama jurídico interno apenas experimentó, pues, cambio sustantivo alguno en lo tocante a la posibilidad de acceder a la información sobre los programas informáticos elaborados por las empresas para el sector público. Como hemos señalado al examinar el límite del derecho a la propiedad intelectual, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, contempla como regla general que «los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de este a la Administración contratante»; regla que, sin embargo, se condiciona a la circunstancia de que «se disponga otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual».

Pero, aun en la hipótesis de que proceda a la cesión del derecho de propiedad intelectual, las empresas pueden instar la confidencialidad cuando consideren que pueden resultar afectados los secretos técnicos o comerciales, tal y como establece expresa-

¹³⁸ Según establece en el apartado tercero del artículo 2: «En todo caso, no procederán las acciones y medidas previstas en esta ley cuando se dirijan contra actos de obtención, utilización o revelación de un secreto empresarial que hayan tenido lugar en cualquiera de las circunstancias siguientes: a) En ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información recogido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluido el respeto a la libertad y al pluralismo de los medios de comunicación; [...] «d) Con el fin de proteger un interés legítimo reconocido por el Derecho europeo o español. En particular, no podrá invocarse la protección dispensada por esta ley para obstaculizar la aplicación de la normativa que exija a los titulares de secretos empresariales divulgar información o comunicarla a las autoridades administrativas o judiciales en el ejercicio de las funciones de éstas, ni para impedir la aplicación de la normativa que prevea la revelación por las autoridades públicas europeas o españolas, en virtud de las obligaciones o prerrogativas que les hayan sido conferidas por el Derecho europeo o español, de la información presentada por las empresas que obre en poder de dichas autoridades».

mente el artículo 133.1 de la Ley de Contratos del Sector Público: «Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores».

Se trata de un marco normativo que ha permitido que habitualmente los contratos, los pliegos o las cláusulas de confidencialidad incluidas en las propuestas de los contratistas excluyan el acceso al algoritmo o al código fuente¹³⁹. Naturalmente, en última instancia depende de las Administraciones públicas avenirse a aceptar las restricciones de la transparencia sugeridas por las empresas, o bien imponer un menor nivel de opacidad de los algoritmos que el pretendido por aquéllas. Ciertamente, no puede sino suscribirse la apreciación de que las Administraciones «deberían mejorar la redacción de los pliegos y, en particular, incluir cláusulas específicas de transparencia donde se determine concretamente qué información relativa a los algoritmos deberá o podrá hacerse pública a fin de garantizar el conocimiento público de los algoritmos, de su configuración o de su funcionamiento»¹⁴⁰.

Pero no es menos cierto que, mientras el marco normativo en materia de contratación no se modifique, no puede con base en la legislación de transparencia jurídicamente imponerse a las Administraciones que establezcan como condición *sine qua non* para proceder a la contratación la introducción de tales cláusulas de salvaguarda de la transparencia.

b) Los intereses económicos y comerciales propios de la Administración protegidos por el artículo 14.1.h) LTAIBG

Aunque el límite que nos ocupa tiene su más habitual proyección en la esfera del sector privado, las Administraciones también pueden apelar al art. 14.1.h) LTAIBG para tutelar sus propios intereses económicos y comerciales, y no sólo los de los terce-

¹³⁹ PONCE SOLÉ, J., *op. cit.*, nota 23, nota a pie de página número 62.

¹⁴⁰ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *op. cit.*, nota 65, p. 50. Y en la misma línea ha escrito HUERGO LORA: «El hecho de que el modelo algorítmico haya sido elaborado por una empresa (contratista de la Administración) y esté protegido como secreto empresarial, no autoriza a la Administración a denegar el acceso a la información. La Administración contratante deberá adoptar en el pliego las cláusulas necesarias para poder después enseñar a terceros los elementos del modelo o de la aplicación necesarios para hacer visible y controlable su funcionamiento» (*op. cit.*, nota 12, p. 86).

ros concernidos por la petición de información¹⁴¹. A esta dirección apunta expresamente el CTBG en el Criterio Interpretativo 1/2019, de 24 de septiembre, en donde se afirma que «el perjuicio a los intereses económicos y comerciales puede venir referido tanto al sujeto al que se dirige la solicitud de información o que debe publicarla por tratarse de publicidad activa (por ejemplo, el caso de una sociedad mercantil participada en más del 50% por una Administración Pública) como a un tercero del que una Administración Pública posea información [...]»¹⁴².

Ahora bien, en línea con la necesidad de interpretar restrictivamente los límites plenamente consolidada en la jurisprudencia recaída sobre nuestra legislación de transparencia, la tendencia doctrinal preponderante es ceñir la aplicación de este límite a aquellos sujetos públicos que ejerzan una actividad empresarial, pues sólo estos tienen unos intereses económicos o comerciales que proteger. Así, pues, bajo este prisma, únicamente el sector público empresarial podría recurrir a este límite en salvaguarda de sus propios intereses¹⁴³.

Dando por bueno este enfoque doctrinal, y salvando —claro está— el ámbito recién mencionado, en vano la Administración podrá apelar al artículo 14.1.h) LTAIBG para denegar la información sobre el algoritmo —o parte del mismo— que ella misma haya elaborado¹⁴⁴.

III.2.3. *El límite de la seguridad pública*

En ocasiones, ante la pretensión de acceder a aplicaciones informáticas o algoritmos, se esgrime el límite de la «seguridad pública» arguyéndose la vulnerabilidad que supondría para las propias aplicaciones su conocimiento por terceros. De este modo, el límite del artículo 14.1.d) LTAIBG se identifica, sin más, con la «seguridad informática».

Esta es la posición a la que parece escorarse la única resolución judicial que hasta la fecha ha abordado directamente esta cuestión, a saber, la Sentencia 143/2021 del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 8, de 30 de diciembre de 2021, que vino a desestimar el recurso interpuesto por la Fundación

¹⁴¹ Así, siquiera como *obiter dictum*, ya en la Resolución del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía 42/2016, FJ 8º.

¹⁴² Véase su epígrafe II.3.2 («Sujetos»).

¹⁴³ En este sentido, GUICHOT, E.; BARRERO RODRÍGUEZ, C., *op. cit.*, nota 67, pp. 350-351. Incluso de modo más estricto, FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ sostienen que el límite resulta particularmente de aplicación respecto de «las sociedades mercantiles del sector público que concurran en el mercado [...] En cambio, es más cuestionable la alegación de este límite por entidades de Derecho Público, como las entidades públicas empresariales» (*op. cit.*, nota 85, p. 178).

¹⁴⁴ Asimismo, en opinión de Danielle Keats CITRON, la excepción de los «secretos comerciales» de la FOIA es inaplicable a la parte del código fuente confeccionada por personal de la Administración («Technological Due Process», en: *Washington University Law Review*, Vol. 85 Issue 6, 2008, pp. 1292-1293).

Civio contra la Resolución CTBG 701/2018. Sencillamente, en lo que concierne al punto que ahora nos interesa, el Juzgado se limitó a transcribir sin ulterior argumentación el informe remitido por la Administración en el que se sostenía que la revelación del código fuente haría a la aplicación sensible a los ataques dadas sus vulnerabilidades, dando así por sentado que la noción de «seguridad pública» abarca sin más e incondicionalmente la seguridad informática (Fundamento de Derecho Cuarto).

A nuestro juicio, sin embargo, esta plena equiparación supone una lectura expansiva y, por ende, insostenible del límite, máxime cuando soslaya la noción de «seguridad pública» que cabe inferir de la Constitución. En efecto, para la delimitación del ámbito material del art. 14.1.d) LTAIBG, la mejor doctrina parte de la noción constitucional de «seguridad pública», que la identifica con protección de personas y bienes, vinculándola así, por tanto, con la garantía del orden ciudadano; circunstancia que no entraña que se circunscriba a la acción de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, sino también a otros ámbitos, como sucede con la preservación del normal funcionamiento de determinadas infraestructuras críticas¹⁴⁵.

Esta aproximación material a la noción de «seguridad pública» es la que con carácter general siguen mayoritariamente las autoridades de control. Baste mencionar como ejemplo la Resolución del Consejo de Transparencia de Andalucía 3/2017 (FJ 4º), que se apoyó en la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional al respecto al interpretar el art. 104.1 CE y el título competencial del Estado *ex* art.149.1.29ª CE: «[...] según la jurisprudencia constitucional, por seguridad pública ha de entenderse la “actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano”, la cual incluye “un conjunto plural y diversificado de actuaciones, distintas por su naturaleza y contenido, aunque orientadas a una misma finalidad tuitiva del bien jurídico así definido” (baste citar las SSTC 33/1982, FJ 3º, 154/2005, FJ 5º y, más recientemente, la STC 184/2016, FJ 3º). Actividades de protección entre las que hay que incluir, lógicamente, de forma predominante, las que corresponden a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad a que se refiere el art. 104.1 CE (STC 104/1989, FJ 3º).»

«Sin embargo —proseguía el FJ 4º de la citada Resolución 3/2017—, aunque tal protección se lleve a cabo preferentemente mediante la actividad policial propiamente dicha, su ámbito puede extenderse más allá de las intervenciones de la llamada «policía de seguridad». En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha subrayado la relación que guarda con la «seguridad pública» la materia «protección civil» (STC

¹⁴⁵ GUICHOT, E.; BARRERO RODRÍGUEZ, C., *op. cit.*, nota 67, pp. 168-169; asimismo, FERNÁNDEZ RAMOS, S.; PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *op. cit.*, nota 85, pp. 262-268. Sobre la aplicación natural de este límite a los algoritmos empleados por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en el ámbito de la policía predictiva, véase RIVERO ORTEGA, R., «Algoritmos, inteligencia artificial y policía predictiva del Estado vigilante», en: *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 62, 2023, apartado 5 («Garantías adaptadas a la protección de la seguridad»).

155/2013, FJ 3º); razón por la cual, en principio, también sería operativo el límite del art. 14.1 d) LTAIBG en relación con este sector material.»

Por otra parte, también es reconducible al límite de la seguridad pública la información atinente a «la acreditación de la identidad de los ciudadanos», ya que constituye «una premisa para que los poderes públicos puedan cumplir su función de perseguir los delitos y garantizar a la vez la seguridad ciudadana y la paz social» [STC 10/2023, FJ 4º (i)]¹⁴⁶. Y, en fin, es cierto que la ciberseguridad también es susceptible de conectarse genéricamente con el límite *ex* art. 14.1 d) LTAIBG, pero cabe esa identificación «con la seguridad nacional o con la seguridad pública cuando se trata de la protección ordinaria de las redes y las infraestructuras de telecomunicaciones» (STC 142/2018, FJ 5º)¹⁴⁷.

Y esta aproximación constitucionalmente adecuada a la noción de «seguridad pública» es la que subyace tras las decisiones de las autoridades de control que han debido abordar la aplicabilidad de este límite cuando de acceso a algoritmos se trata. Así, la GAIP, en la Resolución 200/2017, a propósito del programa informático destinado a determinar la composición de los tribunales de las pruebas de acceso a la Universidad, argumentaría lo siguiente sobre este particular: «Este código fuente se tiene que limitar a recoger y aplicar correctamente las variables antes mencionadas (requerimientos de paridad entre hombres y mujeres y de porcentajes mínimos de profesores universitarios y de bachillerato, etc.), de forma reglada, sin que su conocimiento por terceros ponga en peligro la población ni ningún colectivo en particular. Si lo que se trata es de evitar que el código fuente pueda ser manipulado por terceros, esto no se garantiza impidiendo su conocimiento, sino adoptando las medidas de seguridad necesarias para evitar que terceras personas puedan acceder —presencialmente o de forma remota— a los ordenadores y sistemas informáticos que lo utilizan».

Y también a esta dirección parece apuntar el CTBG, aunque de forma más críptica, en la Resolución 701/2018, de 18 de febrero de 2019, que consideró que no resultaba de aplicación este límite a la petición de acceder al código fuente de la aplicación utilizada para comprobar que los solicitantes del bono social satisfacen los requisitos para ser catalogados como consumidores vulnerables. En efecto, tras apuntar que la Administración se había ceñido a invocar los límites de la seguridad nacional y la seguridad pública sin una mínima argumentación¹⁴⁸, concluiría el Consejo: «Teniendo en

¹⁴⁶ La STC 10/2023 resolvió un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto-Ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptaron medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones.

¹⁴⁷ Con carácter general, cabría considerar que entra en juego este límite cuando la divulgación de la información «pueda afectar a la seguridad de las instalaciones calificadas como estratégicas o críticas» [FJ 5º de la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 17 de junio de 2020 (Núm. de Recurso: 70/2019; Roj: SAN 1377/2020), aunque refiriéndose a la garantía de la confidencialidad *ex* art. 14.1. k) LTAIBG que es lo que había invocado la entidad recurrente].

¹⁴⁸ De «inconsistente apelación a la seguridad de la Administración» califica PRESNO LINERA la invocación de este límite en relación con el código fuente del sistema BOSCO (*Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 80).

cuenta la ausencia de argumentos, *la naturaleza de la información solicitada* y las restricciones con la que los Tribunales de Justicia entienden que deben aplicarse los límites al derecho de acceso a la información, este Consejo de Transparencia no comparte que los límites aludidos sean de aplicación» (FJ 4º; el énfasis es nuestro)¹⁴⁹.

Ciertamente, es difícil no compartir esta posición tendente a rehuir la pura y simple equiparación mecánica entre seguridad informática y seguridad pública al objeto de denegar toda pretensión de acceso en materia de algoritmos. Pues, aun en la hipótesis de que existieran eventuales riesgos de vulnerabilidad, la aplicación del límite, lejos de operar como estímulo para que la Administración procurase la mejora de la seguridad informática, podría tener el efecto contrario, al primarse su falta de diligencia con la opacidad de sus sistemas algorítmicos. Como oportunamente ha apuntado un sector de la doctrina a propósito del caso del bono social, «los riesgos de seguridad por acceso a un algoritmo de esta naturaleza debieran ser inexistentes y, si efectivamente se pudieran dar, es responsabilidad de la Administración evitarlos por otros medios que no supongan eliminar la posibilidad de acceder a conocer cómo se realiza en la práctica el cálculo»¹⁵⁰.

En consecuencia, la razonable aplicación del límite *ex art. 14.1.d) LTAIBG* a la pretensión de acceder a algoritmos debe circunscribirse a aquellos casos en que se afecte la materia «seguridad pública» en el sentido constitucional antes referido, pues, de lo contrario, este límite se convertiría en un caballo de Troya para la transparencia algorítmica.

En lo concerniente al tratamiento de la seguridad como causa impeditiva del acceso a los programas informáticos, resulta de interés la experiencia francesa. Como muestra de una aplicación del límite de la «seguridad pública» ceñida a su noción material, cabe mencionar el dictamen de la CADA 20163619, de 20 de octubre, relativo a la pretensión de acceder a la aplicación móvil SAIP, que utilizaba el Ministerio de Interior para enviar a través de los teléfonos móviles notificaciones de alerta tras la sospecha de un ataque o hechos excepcionales de seguridad civil. Dada su evidente conexión con el ámbito material tutelado por el límite, la Comisión secundó la alegación del Ministerio de que facilitar el código fuente facilitaría los ataques contra la aplicación, hasta el punto de llegar a neutralizarla, por lo que denegó el acceso al mismo.

Pero es de notar que, a partir de la Ley nº 2016-1321, de 7 de octubre de 2016, por una República digital, se incorporó específicamente en el Código de Relaciones entre el Público y la Administración como límite del acceso «la seguridad de los sistemas de información de las administraciones», que vendría así a sumarse a la «seguridad pública» y a la «seguridad de las personas» que ya aparecían en la anterior versión del

¹⁴⁹ Se ha reprochado a esta Resolución que no entrase a valorar las vulnerabilidades concretas de la aplicación alegadas por la Administración (GUTIÉRREZ DAVID, M. E., *op. cit.*, nota 10, p. 171).

¹⁵⁰ BOIX PALOP, A., *op. cit.*, nota 94, p. 95.

Código¹⁵¹. Una muestra de la operatividad práctica de la ampliación del límite a la «seguridad de los sistemas de información» proporciona el Dictamen de la CADA de 15 de abril de 2021 (*Avis* 21210021), toda vez que fue determinante para que se rechazara la pretensión de que se comunicasen los códigos fuentes producidos y utilizados por la plataforma de datos de salud «Health Data Hub».

III.2.4. *La eventual aplicabilidad de otros límites*

a) La defensa de la Administración frente al riesgo de eludir el algoritmo

Antes de dar por concluido este apartado referente a los límites establecidos en la legislación de transparencia, no parece impertinente dedicar siquiera unas líneas a una de las principales consecuencias perniciosas que la apertura de los algoritmos puede entrañar para una correcta y eficaz toma de decisiones por las autoridades públicas: que el conocimiento de su funcionamiento permita a los potenciales destinatarios de sus decisiones «burlar» el algoritmo al objeto de eludir la correspondiente normativa que resulte de aplicación. Así es; en cuanto se hace público el modelo algorítmico, los eventuales afectados pueden detectar los indicadores utilizados y, consecuentemente, están en condiciones de sortearlos. En suma, es un lugar común en la literatura especializada señalar que, si se accede a la totalidad del algoritmo empleado por la Administración pública, se abre la posibilidad de erosionar la eficacia del sistema automatizado de decisiones¹⁵².

Dos son los principales ámbitos materiales que la generalidad de la doctrina tiende a identificar como especialmente sensibles en relación con estos problemas de *gaming* o elusión del algoritmo¹⁵³. Por una parte, la esfera penal, en donde resultan evidentes los efectos perversos derivados del conocimiento de los algoritmos conectados con las técnicas de investigación o los programas de policía predictiva¹⁵⁴. En especial, se ha puesto

¹⁵¹ Tras esta modificación, el artículo L-311-5, apartado 2º d) del Código impide que se pueden comunicar los documentos administrativos cuyo conocimiento pueda atentar: «d) A la sûreté de l'Etat, à la sécurité publique, à la sécurité des personnes ou à la sécurité des systèmes d'information des administrations». Y en «la seguridad de las personas o la seguridad de los sistemas de información de las administraciones» se fundamentó la CADA en el *Avis* 20200496, de 12 de marzo de 2020, para confirmar la decisión del Ministerio del Interior de denegar el código fuente de la aplicación ALICEM, que permite la autenticación de la propia identidad desde el teléfono móvil y da acceso a determinados servicios disponibles a través de FranceConnect.

¹⁵² DIAKOPOULOS, N., *op. cit.*, nota 30, p. 12.

¹⁵³ Obviamos por afectar fundamentalmente al sector privado otro de los ámbitos tradicionalmente sensibles a esta problemática: el de la calificación crediticia.

¹⁵⁴ Así, por traer como muestra un ejemplo utilizado en materia de terrorismo, si un potencial terrorista llega a conocer que uno de los indicadores es pagar en metálico los pasajes de avión, obviamente resulta muy fácil eludirlo [LAAT, P. B. de, «Algorithmic Decision-Making Based on Machine Learning from Big Data: Can Transparency Restore Accountability?», en: *Philos. Technol* 2017, p. 11 [<https://doi.org/10.1007/s13347-017-0293-z>].

el foco en aquellos algoritmos que se centran en delitos fácilmente resolubles debido a su simplicidad y al reducido número de factores de entrada con los que operan¹⁵⁵.

Por otro lado, la materia impositiva es asimismo un terreno abonado para que el acceso al funcionamiento de los algoritmos genere efectos indeseados. Conocer los aspectos específicos de las declaraciones de impuestos que se utilizan como posibles indicadores de fraude fiscal, permitiría lógicamente a los contribuyentes acomodar sus pautas de comportamiento y provocar, con ello, que tales indicadores perdieran su valor predictivo para la Administración tributaria¹⁵⁶. En esta línea, por mencionar un ejemplo tomado del sistema fiscal automatizado alemán, usualmente se concede la deducción por donativos sin demasiada revisión, pero a partir de determinada cantidad crítica sí se realizan controles detallados al respecto, por lo que, como es obvio, acceder a este último dato facilitaría la utilización indebida de esta bonificación¹⁵⁷.

Pues bien, en numerosas ocasiones los sectores materiales antes indicados se hallan protegidos por específicos límites establecidos en las respectivas leyes reguladoras del derecho de acceso a la información pública.

En lo referente a la actuación en la esfera penal —y soslayando el ya examinado límite de la seguridad pública—, parece que lógicamente podría entrar en juego en nuestro caso el límite de la «prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios» [art. 14.1.e) LTAIBG] para rechazar la pretensión de conocer eventuales sistemas automatizados destinados a la investigación o predicción delictiva¹⁵⁸.

¹⁵⁵ OSWALD, M. *et al.*, *The UK Algorithmic Transparency Standard: A Qualitative Analysis of Police Perspectives*, 7 julio 2022, p. 17 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4155549). Se trata de un informe, realizado a partir de entrevistas con diferentes responsables de cuerpos policiales y otros departamentos, sobre los riesgos y ventajas de la transparencia en este ámbito. Es un trabajo elaborado en relación con el proyecto del Gobierno británico *Algorithmic Transparency Standard*; documento cuyo objetivo es proporcionar a las autoridades públicas una fórmula estandarizada para dar información sobre la forma en que emplean las herramientas algorítmicas para adoptar sus decisiones. La explicación que dio uno de los entrevistados respecto de dichos algoritmos utilizados para resolver delitos sencillos fue muy elocuente: «Si conocieras todo sobre esto [lo que hace el algoritmo], podrías cometer un delito siendo sólo cuidadoso con muy pocas pruebas».

¹⁵⁶ KROLL, J. A. *et al.*, «Accountable Algorithms», en: *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 165, 2017 p. 658.

¹⁵⁷ MARTINI, M.; NINK, D., *op. cit.*, nota 15, pp. 11-12.

¹⁵⁸ Conviene notar que, desde el punto de vista de la transparencia garantizada por el derecho a la protección de datos personales, existe en materia penal una normativa específica que se aleja notablemente —por razones obvias— del régimen general establecido en el Reglamento General de Protección de Datos. Es, en efecto, la Directiva (UE) 2016/680, de 27 de abril de 2016, la que se encarga de regular el tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales. Esta Directiva suprime la obligación del responsable del tratamiento de informar sobre las decisiones automatizadas (art. 13), a las que tampoco se extiende el derecho de acceso al afectado (art. 14); aspectos ambos que, como apuntamos *supra* en el epígrafe II.1, sí forman parte de las garantías de transparencia del RGPD [art. 13.2.f) y art. 14.2.g); art. 15.1.h)]. Y lógicamente la Ley Orgánica 7/2021, de transposición de la referida Directiva, mantiene dichas decisiones (arts. 21 y 22).

Por lo que hace a Estados Unidos, resulta de aplicación en este ámbito la Exención 7 (E) de la FOIA, que excluye del derecho de acceso a «los archivos o la información compilada para fines de cumplimiento de la ley (*law enforcement*), pero únicamente en la medida en que la exposición de tales archivos o información... E) revelase «técnicas y procedimientos» o «directrices» para las investigaciones, y si de tal divulgación «pudiera razonablemente esperarse un riesgo de evasión de la ley». La principal cuestión suscitada en torno a esta exención es si debe ceñirse estrictamente a los supuestos de «investigación» —que conlleva las tareas de identificación de los posibles involucrados y de recopilación de pruebas sobre delitos *ya* cometidos—, quedando en consecuencia al margen de la misma los programas algorítmicos de policía preventiva, o si, por el contrario, también a estos podría extenderse su aplicación. Si bien hay diversos precedentes jurisprudenciales en los que se aplicó el límite respecto de determinadas medidas preventivas (aunque no atinentes a algoritmos), no faltan voces en la doctrina que consideran que aquellos programas de policía predictiva que ponen el acento en la disuasión antes que en la investigación se encuentran al borde de la exención o, lisa y llanamente, a extramuros de la misma¹⁵⁹. Es de notar, por otro lado, que a esta Exención 7 (E) también se ha recurrido para retener información sobre las técnicas utilizadas para evaluar el cumplimiento de la legislación tributaria, toda vez que su revelación «puede posibilitar que los evasores fiscales eviten ser detectados» [*Palmarini v. Internal Revenue Service*, No. 17-3430, 2019 WL 1429547 (E.D. Pa. Mar. 29, 2019)]¹⁶⁰.

Por su parte, la legislación federal alemana establece un específico límite en materia impositiva, ya que el § 3.1 d) de la *Informationsfreiheitsgesetz* excluye expresamente que pueda solicitarse información que entrañe perjuicios para las funciones de inspección o control de las autoridades fiscales. Y ello con independencia de que en la propia legislación sectorial se contemple de forma explícita la restricción de la publicidad al respecto, como hace el § 88 (5) de la *Abgabenordnung*, que dispone que «[l]os detalles de los sistemas de gestión de riesgos no podrán publicarse en la medida en que ello pueda poner en peligro la uniformidad y la legalidad de la tributación».

En lo que a nosotros concierne, este ámbito material parece hallarse bajo la cobertura del límite atinente a las «funciones administrativas de vigilancia, inspección y control» [art. 14.1.g) LTAIBG]. Nótese que la *Memoria Explicativa del Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos*, de 18 de junio de 2009 —Convenio cuya influencia en la conformación del sistema de límites establecido en la LTAIBG ha destacado alguna autoridad de control—, menciona concretamente a las inspecciones tributarias como uno de los ejemplos de este límite (véase el punto 27 de la Memoria). A esta dirección apunta inequívocamente la posición del CTBG sostenida en la Resolución 825/2019, de 13 de febrero de 2020: «[...] este Consejo de

¹⁵⁹ BRAUNEIS, R.; GOODMAN, E. P., *op. cit.*, nota 131, pp. 160-161.

¹⁶⁰ Otras referencias jurisprudenciales sobre la aplicación de esta exención en materia impositiva proporciona Tal Z. ZARSKY («Transparent Predictions», en: *University of Illinois Law Review*, Vol. 2013, No 4, 2013, p. 1512, nota 54).

Transparencia y Buen Gobierno —afirma en su FJ 4º— sí puede compartir el criterio de que proporcionar información detallada sobre el funcionamiento de unas aplicaciones creadas para el desarrollo de las funciones encomendadas a la AEAT —aplicación efectiva del sistema tributario estatal y aduanero— de tal manera que se proporcione el detalle de los instrumentos de los que dispone para el ejercicio de dichas funciones y, por lo tanto, el alcance y límites de sus posibilidades de actuación sí podría implicar un perjuicio, razonable y no meramente hipotético a sus actividades de investigación y supervisión y, por lo tanto, a *Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control (art. 14.1 g) de la LTAIBG* que tiene encomendadas.»¹⁶¹

Pero con independencia de estas restricciones al acceso fundamentadas en límites directamente relacionados con los específicos sectores materiales antes referidos, la cuestión central que ahora debemos plantearnos es si cabe recurrir a algún otro límite general, de carácter transversal, que pueda utilizarse para hacer frente al *gaming* sean cuales fueren los ámbitos materiales afectados por el correspondiente algoritmo.

b) El límite de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión

En los Estados Unidos, se especuló con la posibilidad de proyectar a los programas de ordenador la Exención 2 de la FOIA, que excluye del acceso a aquellos documentos que están «relacionados únicamente con las reglas y prácticas internas de personal de una agencia» [*related solely to the internal personnel rules and practices of an agency*]. Debe notarse que la jurisprudencia ha interpretado que la excepción comprende dos tipos de información: por una parte, asuntos internos de naturaleza rutinaria o relativamente trivial, que no son objeto de un genuino y significativo interés público (a la que frecuentemente se denomina «*low 2*» *information*); y, por otro lado, aquellos otros asuntos más sustanciales cuya divulgación podría entrañar el riesgo de elusión de una exigencia legal (la conocida como «*high 2*» *information*). El origen último de la doctrina sobre este segundo tipo de información se remonta a la Sentencia del Tribunal Su-

¹⁶¹ Sobre este particular, ha de tenerse presente lo dispuesto en el artículo 170.7 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos: «Los planes de inspección, los medios informáticos de tratamiento de información y los demás sistemas de selección de los obligados tributarios que vayan a ser objeto de actuaciones inspectoras tendrán carácter reservado, no serán objeto de publicidad o de comunicación ni se pondrán de manifiesto a los obligados tributarios ni a órganos ajenos a la aplicación de los tributos.» Determinar con exactitud cuál sea el alcance efectivo de esta disposición tras la aprobación de la LTAIBG merece un tratamiento específico cuyo abordaje excede del sentido y finalidad de este trabajo. Véanse al respecto OLIVARES OLIVARES, B., «Transparencia y aplicaciones informáticas en la Administración tributaria», en: *Crónica Tributaria*, núm. 174, 2000, pp. 97-98; SOTO BERNABEU, L., «La importancia de la transparencia algorítmica en el uso de la inteligencia artificial por la Administración tributaria», en: *Crónica Tributaria*, núm. 179, 2021, p. 109.

premo, de 21 de abril de 1976, *Department of the Air Force v. Rose*¹⁶², en donde, tras declarar que la exención cubría los asuntos internos de carácter trivial, dejó abierta la posibilidad de extender la misma a lo que luego sería conocido como «*high 2*» *information*¹⁶³. Y a partir del año 1981, a raíz de la Sentencia del Tribunal de apelaciones para el Distrito de Columbia *Crooker v. ATF*¹⁶⁴, se asumiría durante más de treinta años la interpretación de que la Exención 2 abarcaba la información cuya divulgación podría suponer un riesgo para la elusión (*circumvention*) de la ley, y ello con independencia de que la misma estuviera relacionada o no con asuntos de personal. No es de extrañar, por tanto, que en el Informe elaborado en el año 1990 por el Departamento de Justicia sobre el «documento electrónico» en el marco de la FOIA, se barajase abiertamente la posibilidad de que la protección de la *circumvention* se aplicase a cualquier elemento del software —tales como códigos y otros componentes de seguridad— que se considerase susceptible de generar la elusión en caso de concederse el acceso¹⁶⁵.

El estado de la cuestión cambió sustancialmente el año 2011 con motivo de la Sentencia del Tribunal Supremo *Milner v. Department of the Navy*¹⁶⁶, puesto que redujo estrictamente el alcance de la exención a la información referente a relaciones con los empleados y recursos humanos. En su argumentación puso el acento en el tenor literal del precepto para llegar a dicha conclusión —concretamente en el hecho de que la palabra «personal» se emplea como adjetivo de «reglas y prácticas»—, de tal modo que la exención quedaría circunscrita a «las condiciones de empleo en las agencias federales —asuntos tales como contratación y despido, reglas sobre condiciones de trabajo y régimen disciplinario, remuneración y prestaciones»¹⁶⁷. Esta es la línea jurisprudencial hoy vigente, de la que evidentemente poco cabe esperar en punto a la posibilidad de negar, con base en la Exención 2, información que permita «jugar» con el algoritmo al objeto de sortear obligaciones jurídicas o, sencillamente, lograr una decisión favorable a los intereses del afectado¹⁶⁸.

Otra de las previsiones de la FOIA sobre la que se ha especulado acerca de su aplicabilidad a las decisiones algorítmicas es el «privilegio del proceso de deliberación» (*deliberative process privilege*) contenido en la Exención 5, cuyo objetivo último es

¹⁶² 425 U.S. 352 (1976).

¹⁶³ «En suma, creemos que, salvo que se trate de una situación en la que la divulgación pueda entrañar un riesgo de elusión de la regulación de la agencia, la Exención 2 no es aplicable a asuntos sujetos a un interés público [tan] genuino y significativo» (*Id.*, 369).

¹⁶⁴ 670 F.2d 1051 (D.C. Cir. 1981).

¹⁶⁵ *Department of Justice Report on «Electronic Record» FOIA Issues*, Part II. FOIA Update Vol. XI, Nº 3, 1990.

¹⁶⁶ 562 U.S. 562 (2011).

¹⁶⁷ *Idem*, 570.

¹⁶⁸ Así, por ejemplo, se ha considerado inaplicable la exención en relación con los códigos informáticos pertenecientes a una base de datos sensible [*Skinner v. DOJ*, 806 F. Supp. 2d 105, 112 (D.D.C. 2011)]. Sobre esta Sentencia y, en general, sobre esta Exención 2, consúltese *Department of Justice Guide to the Freedom Information Act. Exemption 2* (29 de septiembre de 2020).

«evitar un perjuicio en la calidad de las decisiones» que adopten las Administraciones¹⁶⁹. Como se describiría gráficamente en *Wolfe v. Dep't of Health & Human Servs.*, el Congreso aprobó esta exención porque era consciente de que «la calidad de la toma de decisiones administrativas quedaría seriamente socavada si las agencias estuvieran obligadas a operar en una pecera»¹⁷⁰. Pues bien, la jurisprudencia tradicionalmente ha exigido dos requisitos que deben cumplirse cumulativamente para que pueda invocarse exitosamente este privilegio: de un lado, la información pretendida debe haberse generado antes de que se adopte la decisión, y, en segundo término, ha de formar parte del proceso deliberativo en el que se hacen recomendaciones, se dan consejos o se expresan opiniones sobre las cuestiones objeto de la decisión en cuestión.

En lo concerniente a este último requisito, que es el que genera más controversia en la práctica, es de reseñar que la jurisprudencia sostiene que queda al margen de la exención la información sobre hechos, habida cuenta de que la divulgación de esta información factual no conlleva exponer las deliberaciones u opiniones del personal de la Administración. Naturalmente, en ocasiones es una tarea compleja distinguir entre el material meramente fáctico y el material genuinamente deliberativo, por lo que ha de descenderse al examen de los casos concretos para averiguar si los hechos están tan estrechamente integrados en el proceso deliberativo que su revelación puede causarle un perjuicio.

Así, por citar algunos ejemplos que guardan proximidad con el tema que nos ocupa, se han considerado cubiertos por la exención unos programas de ordenador usados en una investigación científica, al argumentarse que la autora del estudio modificaba regularmente el software durante el transcurso de la investigación para acomodarlo a la evolución de las hipótesis de las que inicialmente partía el trabajo, de tal suerte que los programas «reflejaban los procesos mentales de su creadora» y revelaban sus «deliberaciones y opiniones científicas». Sus deliberaciones y opiniones estaban, pues, «inextricablemente entrelazadas» con los hechos subyacentes¹⁷¹. Igualmente se ha entendido aplicable la exención a un modelo diseñado para medir la contaminación de las aguas subterráneas que se hallaba aún en fase de proyecto, ya que los datos a introducir en el modelo y el ajuste del mismo únicamente reflejaban en esta fase las opiniones del personal que lo desarrollaba, al no poder considerarse que representasen las opiniones definitivas de la agencia al respecto. Por consiguiente, concluiría el Tribunal en este caso, «aunque los datos introducidos en el modelo sean puramente factuales, la selección y ajuste de los datos forman parte del proceso deliberativo al que se aplica la exención 5»¹⁷².

Por el contrario, en fecha más reciente, se ha negado la aplicación de la exención a un integrante del modelo OMEGA diseñado por la Administración para medir la emi-

¹⁶⁹ *NLRB v. Sears, Roebuck & Co.*, 421 U.S. 132, 151 (1975).

¹⁷⁰ 839 F.2d 768, 773 (D.C.Cir.1988) (en banc); citado en *Brennan Center for Justice at New York University School of Law v. United States Department of Justice*, 697 F.3d 184, 194 (2d Cir. 2012).

¹⁷¹ *Cleary, Gottlieb, Steen & Hamilton v. HHS*, 844 F. Supp. 770, 782-783 (D.D.C. 1993).

¹⁷² *Goodrich Corp. v. U.S. EPA*, 593 F. Supp. 2d 184, 189 (D.D.C. 2009).

sión de contaminantes de los vehículos a motor. Más específicamente, el objeto de la solicitud de información era el tercero de sus componentes, el «modelo central» (*core model*), que estaba compuesto por una serie de algoritmos que efectuaban miles de cálculos en relación con los datos introducidos en el sistema al objeto de predecir la tecnología de reducción de emisiones que los fabricantes podrían incorporar para acomodarse a los estándares impuestos por la normativa medioambiental. En el marco del modelo OMEGA en su conjunto —argumentaría el Tribunal—, los puntos de vista subjetivos de la Administración se reflejaban en la determinación de los *inputs* que se introducían en el sistema, pero el *core model* se ceñía a realizar cálculos a partir de tales datos. Así, pues, en la medida en que el modelo central operaba como «una calculadora especializada, que utiliza los mismos algoritmos para realizar los mismos cálculos en cada ejecución de OMEGA», y en consecuencia sólo proporcionaba «una visión muy abstracta de las deliberaciones» de la Administración interpelada, no podía en modo alguno atribuirse carácter deliberativo al mismo. Sencillamente, el «modelo central» no proporcionaba ningún tipo de información al que la doctrina jurisprudencial suele atribuir un riesgo para la libre discusión de los asuntos en el seno de la Administración, como las opiniones, consejos o recomendaciones. En suma, concluiría el Tribunal, «aunque el modelo central puede reflejar en algunos aspectos las deliberaciones internas de la agencia, no puede preverse razonablemente que la divulgación de sus herramientas analíticas menoscabe la calidad de la toma de decisiones por parte de la agencia»¹⁷³.

Pues bien, no parece que en la práctica esta exención haya jugado hasta la fecha ningún papel relevante para la denegación de información sobre sistemas automatizados de toma de decisiones. Así, algún trabajo publicado en fecha aún reciente desvela que ningún tribunal ha respaldado el carácter deliberativo de ningún sistema automatizado, pese a que la Administración a menudo sostiene la pertinencia de aplicar la exención al considerar que el proceso de deliberación ha sido auxiliado o desarrollado por medios automatizados. Sencillamente, prevalece la apreciación de que el sistema algorítmico *per se* tiene un carácter fáctico y, por tanto, queda excluido de la exención¹⁷⁴. Y en esta línea, otro estudio revela que ninguna de las solicitudes de información que los autores habían presentado sobre el particular se rechazaron con base en este «privilegio del proceso de deliberación», por lo que la eventual operatividad de la excepción respecto del acceso a los sistemas algorítmicos permanecía aún en el terreno de la especulación¹⁷⁵.

¹⁷³ *Nat. Res. Def. Council v. EPA*, 954 F.3d 150, 157-158 (2d Cir. 2020). La Sentencia se apoyaría, entre otros, en el precedente de *Petroleum Info. Corp. v. U.S. Dep't of Interior*: «La divulgación de materiales que no incorporen valoraciones de la agencia —por ejemplos, materiales relacionados con cálculos o mediciones estándares o rutinarios sobre los que la agencia no tiene una discreción significativa— es improbable que disminuya la franqueza (*candor*) de los funcionarios o perjudique de cualquier otra forma la calidad de las decisiones de la agencia» [976 F.2d 1429, 1435 (D.C. Cir. 1992)].

¹⁷⁴ BLOCH-WEHBA, H., *op. cit.*, nota 29, pp. 1302-1303.

¹⁷⁵ BRAUNEIS, R.; GOODMAN, E. P., *op. cit.*, nota 131, p. 162.

Pasando ya al examen de nuestro marco jurídico regulador de la transparencia, el límite que mantiene cierto paralelismo con la analizada Exención 5 es el establecido en el artículo 14.1 k) LTAIBG: «La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión» [art. 14.1 k) LTAIBG]. Se trata de una limitación de cuyo enorme potencial expansivo ha alertado reiteradamente la doctrina, máxime si se vincula o combina con la causa de inadmisión del art. 18.1 b) LTAIBG («información que tenga carácter auxiliar o de apoyo»), con la cual guarda una clara relación. Sin embargo, atinadamente se ha impuesto una lectura restrictiva de este motivo de inadmisión a raíz del Criterio Interpretativo del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno 6/2015, de 12 de noviembre, en el que, entre otras muchas consideraciones, se sostiene que todo examen sobre la pertinencia de aplicar dicho artículo 18.1.b) LTAIBG ha de estar presidido por la idea de que la finalidad de la LTAIBG es «evitar que se deniegue información que tenga relevancia en la tramitación del expediente o en la conformación de la voluntad pública del órgano, es decir, que sea relevante para la rendición de cuentas, el conocimiento de la toma de decisiones públicas y su aplicación». Línea hermenéutica que conduce casi necesariamente a la convicción de que no cabe proyectar esta causa de inadmisión a «aquella documentación que forme parte del procedimiento, que constituya la *ratio decidendi* de la Administración interpelada o contribuya, en fin, a la intelección de la decisión adoptada por ésta» (Resolución del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía 10/2020, FJ 3º)¹⁷⁶.

Como parece evidente, este límite tiene como finalidad primordial brindar protección a las deliberaciones en el seno de las instituciones y preservar, así, el normal desenvolvimiento del proceso de toma de decisiones. Para decirlo con los términos utilizados por la *Memoria Explicativa del Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos* (§ 34) en relación con el límite del artículo 3.1 k), el legislador quiso con este límite asegurar a las instituciones un cierto libre «espacio para pensar»¹⁷⁷.

Pues bien, de acuerdo con la interpretación que hoy puede darse por consolidada de este límite¹⁷⁸, el mismo está llamado a aplicarse cuando se satisfagan al unísono dos requisitos. Por una parte, un condicionante de orden cronológico o temporal según el cual debe tratarse de una solicitud de información que se produzca antes de que la decisión haya sido adoptada, bien porque se solicite en relación con un concreto procedimiento de toma de decisiones aún abierto, bien porque la divulgación de la información pueda condicionar los procesos que se pongan en marcha en el futuro¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Del mismo Consejo, en esta misma línea, Resoluciones 117/2016, FJ 2º; 228/2018, FJ 3º; 34/2020, FJ 4º; 312/2020, FJ 4º.

¹⁷⁷ En este sentido, por ejemplo, la Resolución 112/2017 del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (FJ 4º).

¹⁷⁸ Un análisis detallado del modo en que las autoridades de control de la transparencia están aplicando el límite ofrecen GUICHOT, E.; BARRERO RODRÍGUEZ, C., *op. cit.*, nota 67, pp. 307-324.

¹⁷⁹ Así, ya en la Resolución del CTBG 35/2015, FJ 6º: «A juicio de este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, dicho límite sería de aplicación tanto cuando la concesión del acceso a la información solicitada pueda afectar al procedimiento de toma de decisiones mientras éste se esté llevando a cabo, esto

Y, en segundo término, el acceso a la información pretendida debe tener una influencia real en la decisión a tomar¹⁸⁰, esto es, ha de tratarse de «datos cuyo conocimiento anticipado podría perjudicar [...], de forma razonable y no meramente hipotética, a las conclusiones del proceso» (Resolución CTBG 104/2019, FJ 5º). En suma, como sintetizó la Resolución CTBG 283/2016: «Puede entenderse que es correcto invocar este límite cuando se está en fase de tomar una decisión importante y su conocimiento público haría variar esa decisión o influir en ella de manera notoria y determinante, tanto en el transcurso de un procedimiento abierto como en situaciones futuras parecidas...» (FJ 5º).

Así definido el alcance y sentido del límite, parece indudable que no abarca aquellos supuestos de decisiones totalmente automatizadas, y muy señaladamente cuando el programa algorítmico se proyecta a una actividad estrictamente reglada de la Administración, puesto que la decisión únicamente depende de la constatación de que en el caso concreto se cumplen los requisitos exigidos por la normativa aplicable incorporados al programa¹⁸¹. No hay aquí margen de maniobra para la decisión a adoptar por el personal al servicio de la Administración y, por tanto, no hay que preservar ningún «espacio para pensar» que pueda verse interferido por el conocimiento previo del algoritmo por parte de terceros.

Aunque tampoco resulta asumible considerar incluido en el límite aquellos programas que sólo operan como un elemento más del que puede servirse la Administración, junto a otras consideraciones y factores, para llegar a una concreta decisión. Si acaso, a lo sumo, la garantía de la «confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión» podría proyectarse a esos otros argumentos, puntos de vista, observaciones u opiniones barajados por el personal de la Administración en el curso del proceso, los cuales, eventualmente, podrían llevar en última instancia a apartarse de la propuesta de decisión sugerida por el algoritmo. En esta hipótesis, y a fin de evitar todo riesgo de opacidad sobre el particular, sería conveniente juridificar la fórmula apuntada en la Carta de Derechos Fundamentales u otra semejante: «El interesado tendrá derecho a que se motive o se explique la decisión administrativa cuando esta se separe del criterio propuesto por un sistema automatizado o inteligente» [artículo XVIII, apartado 6 c)].

Pero, aun cuando —a efectos puramente dialécticos— se diera por buena la aplicabilidad de este límite a los programas algorítmicos en algunos supuestos, no parece

es, cuando la decisión aún no haya sido adoptada, [...] como cuando dichos procesos de toma de decisiones pudieran verse comprometidos *a futuro*».

¹⁸⁰ Para decirlo en los términos de la recién citada Resolución 35/2015, que «el conocimiento de la información pudiera comprometer la decisión que finalmente se adopte» (FJ 6º).

¹⁸¹ HUERGO LORA, A., «El derecho de transparencia en el acceso a los códigos fuente», en: *Anuario de Transparencia Local 5/2022*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2023, pp. 38-40. Asimismo, JIMÉNEZ-CASTELLANOS BALLESTEROS, I., «Decisiones automatizadas y transparencia administrativa: nuevos retos para los derechos fundamentales», en: *Revista Española de la Transparencia*, núm. 16, enero-junio 2023, p. 195.

que resulte en ningún caso un instrumento *transversal* adecuado para combatir con alcance general el fenómeno de la elusión del algoritmo. Atendiendo a la necesaria interpretación restrictiva de los límites —tantas veces reclamada por la jurisprudencia—, resulta de casi imposible aceptación que el artículo 14.1 k) LTAIBG autorice *per se* a denegar información para eludir la eventualidad de que los potenciales afectados puedan modificar sus *futuras* conductas o respuestas que deban dar en un procedimiento como consecuencia del conocimiento del funcionamiento del algoritmo.

IV. UN BALANCE. LÍMITES Y POSIBILIDADES DE LA TRANSPARENCIA EN LA TOMA DE DECISIONES AUTOMATIZADAS

Hemos analizado hasta el momento los límites y las posibilidades que derivan de la legislación reguladora de la transparencia y del derecho a la protección de datos personales en punto a asegurar una adecuada información sobre los sistemas automatizados de toma de decisiones por parte de las Administraciones públicas. Y, salvando acaso la experiencia francesa, hemos constatado que con alcance general dista de lograrse un adecuado nivel de accesibilidad a este tipo de información en los países de nuestro entorno. De ahí que no sean infrecuentes las apelaciones a que se profundice en la transparencia en este ámbito adoptando las medidas legislativas necesarias para asegurarla. Llamadas al legislador que, incluso, proceden directamente de las propias autoridades independientes de control.

Especialmente significativa a este respecto ha sido la posición mantenida por las autoridades de control alemanas en materia de derecho de acceso a la información —que, al tiempo, son asimismo competentes en relación con el derecho a la protección de datos personales—, que el 16 de octubre de 2018 suscribieron el documento «La transparencia de la Administración en la utilización de algoritmos, indispensable para una protección real de los derechos fundamentales» (*Transparenz der Verwaltung beim Einsatz von Algorithmen für gelebten Grundrechtsschutz unabdingbar*). A partir de la premisa de que «la información sobre los algoritmos y los procedimientos de inteligencia artificial que resultan esenciales para la Administración deberían también ponerse a disposición de la opinión pública», dichas autoridades de control explícitamente «piden a los legisladores del Bund y de los Länder que obliguen a los organismos públicos a utilizar de modo transparente y responsable los algoritmos y los procedimientos de inteligencia artificial, incluso de forma más firme que lo han hecho hasta la fecha». Y prosigue el documento: «Es aconsejable anclar las correspondientes disposiciones de transparencia en las respectivas leyes de libertad de información o transparencia o en las leyes especializadas pertinentes. Las excepciones deben reducirse al mínimo».

Aunque un paso previo casi obligado para asegurar la accesibilidad a los procedimientos algorítmicos por parte de la ciudadanía, es que la propia Administración

cuenta con la pertinente información: «Los organismos públicos deben garantizar una transparencia suficiente sobre los algoritmos utilizados. Para un uso controlable de la tecnología, deben disponer de información significativa, completa y generalmente comprensible sobre su propio tratamiento de datos. Esta información comprende sobre todo: —las categorías de los datos de entrada y de salida del procedimiento; —la lógica contenida en ellos, en particular las fórmulas de cálculo utilizadas, incluida la ponderación de los datos de entrada, la información sobre los conocimientos técnicos subyacentes y la configuración individual por parte de los usuarios; y — el alcance de las decisiones basadas en ellos y los posibles efectos de los procedimientos. En la medida de lo legalmente posible, esta información debe hacerse pública.» Pero no se agota aquí el nivel de transparencia que resulta aconsejable alcanzar desde la perspectiva de las autoridades de control alemanas: «Para garantizar una verificabilidad completa, el código fuente y, en su caso, otra información pertinente sobre los algoritmos o procedimientos de IA también deben ponerse a disposición de los organismos públicos respectivos. Los procedimientos de IA deben ponerse a disposición de las autoridades públicas respectivas y, si es posible, publicarse.»

Esta llamada a la necesaria profundización de la transparencia en el sector público es asimismo habitual, desde hace algún tiempo, en la literatura especializada de nuestro país¹⁸². Y lo cierto es que algún avance al respecto se ha experimentado ya en la práctica, poniéndose así de manifiesto que la pretensión de la Carta de Derechos Digitales de servir a modo de acicate o estímulo para extender la transparencia en el ordenamiento jurídico ha comenzado a dar sus primeros frutos.

En el plano de la publicidad activa, tal y como reseñamos *supra* en el apartado III.1.2.c), la Comunidad Autónoma valenciana ya ha procedido a incorporar en su legislación de transparencia concretas obligaciones sobre el particular¹⁸³. Y con anterioridad el «Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos» (que fue aprobado por el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo) estableció como contenido obligatorio de las sedes electrónicas la «[r]elación actualizada

¹⁸² Algún paso significativo se dio ya de forma pionera en el ámbito privado con el Real Decreto Ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modificó el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. Vino a ampliar el ámbito materialmente protegido del derecho fundamental a la libertad sindical al incorporar una nueva letra d) en el artículo 64.4 del Estatuto de los Trabajadores, en cuya virtud se incluye entre los derechos de información del Comité de Empresa el de «[s]er informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles».

¹⁸³ La Ley 1/2022, de 13 de abril, de Transparencia y Buen Gobierno de la Generalitat Valenciana, incluye entre la información que ha de divulgarse telemáticamente: «La relación de sistemas algorítmicos o de inteligencia artificial que tengan impacto en los procedimientos administrativos o la prestación de los servicios públicos con la descripción de manera comprensible de su diseño y funcionamiento, el nivel de riesgo que implican y el punto de contacto al que poder dirigirse en cada caso, de acuerdo con los principios de transparencia y explicabilidad» [art. 16.1.l)].

de las actuaciones administrativas automatizadas vinculadas a los servicios, procedimientos y trámites» disponibles; añadiendo a continuación que «[c]ada una se acompañará de la descripción de su diseño y funcionamiento, los mecanismos de rendición de cuentas y transparencia, así como los datos utilizados en su configuración y aprendizaje» [artículo 11.1.i)]. Un avance este sin duda significativo, pero que habría tenido un mayor alcance y significado si se hubiera llevado directamente al texto de la LTAIBG¹⁸⁴.

Pero la que se ha valorado hasta la fecha como la más relevante medida normativa en pro de la transparencia en el sector público es la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación¹⁸⁵. Pese al específico ámbito sectorial al que se circunscribe la Ley, su artículo 23 (bajo el título «Inteligencia Artificial y mecanismos de toma de decisión automatizados») se expresa en términos genéricos y, por tanto, parece proyectarse con alcance general a la entera actividad administrativa. Ciertamente, la disposición merecería haber encontrado un más adecuado acomodo en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, con lo que *pari passu* se habría paliado en cierto modo su muy limitada asunción de la transparencia algorítmica¹⁸⁶.

El primer apartado del recién mencionado artículo 23 comienza, además, enlazando directamente con la Carta: «En el marco de la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, de la Carta de Derechos Digitales y de las iniciativas europeas en torno a la Inteligencia Artificial, las administraciones públicas favorecerán la puesta en marcha de mecanismos para que los algoritmos involucrados en la toma de decisiones que se utilicen en las administraciones públicas tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, siempre que sea factible técnicamente. En estos mecanismos se incluirán su diseño y datos de entrenamiento, y abordarán su potencial impacto discriminatorio. Para lograr este fin, se promoverá la realización de evaluaciones de impacto que determinen el posible sesgo discriminatorio.» Y su apartado segundo insiste en la idea de impulsar la transparencia en la toma de decisiones basadas en algoritmos: «Las administraciones públicas, en el marco de sus competencias en el ámbito de los algoritmos involucrados en procesos de toma de decisiones, priorizarán la transparencia en el diseño y la implementación y la capacidad de interpretación de las decisiones adoptadas por los mismos.»¹⁸⁷

¹⁸⁴ En esta línea, CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «Doce propuestas para la mejora de la regulación de la transparencia en España», en: BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J. (coord.), *La reforma de la regulación de transparencia y buen gobierno en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022, p. 104.

¹⁸⁵ Así, BARRIO ANDRÉS, M.: «Inteligencia artificial: origen, concepto, mito y realidad», en: *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 100, septiembre-octubre 2022, p. 20.

¹⁸⁶ En este sentido, BOIX PALOP, A., *op. cit.*, nota 94, pp. 100-101.

¹⁸⁷ El artículo 23 de la Ley 15/2022 continúa así: «3. Las administraciones públicas y las empresas promoverán el uso de una Inteligencia Artificial ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales, siguiendo especialmente las recomendaciones de la Unión Europea en este sentido. 4. Se promoverá un sello de calidad de los algoritmos.»

Sin negar que estas previsiones entrañan un paso adelante en la senda de la jurificación de la transparencia en el ámbito de las decisiones públicas apoyadas en algoritmos, salta a la vista también lo modesto de este avance. El artículo 23 de la Ley 15/2022, aun superando obviamente la condición de *mera* suma de recomendaciones propia de la Carta de Derechos Digitales dada su naturaleza de *soft law*, aún no ha abandonado con rotundidad y plenamente el terreno de la fijación de fines orientadores que también caracteriza en parte a la Carta. El artículo 23 de la Ley 15/2022 es norma, sí, pero se encarga más de establecer objetivos tendenciales encauzadores de la acción de la Administración que imponerle concretas obligaciones inmediatamente exigibles («las administraciones públicas favorecerán...» o «priorizarán...»; «se promoverá...»; etc). En cualquier caso, parece llamada a cumplir la nada desdeñable función de servir a su vez como estímulo para que los diferentes niveles de gobierno profundicen en la transparencia algorítmica en sus correspondientes ámbitos competenciales.

Así parece ponerlo de manifiesto el Decreto-ley 2/2023, de 8 de marzo, de medidas urgentes de impulso a la inteligencia artificial en Extremadura. Este Decreto-ley se presenta como el instrumento que pone en marcha los mandatos contenidos en el artículo 23 de la Ley 15/2022 (Exposición de Motivos, I), y en consonancia con ello recoge expresamente en su articulado algunas de sus disposiciones¹⁸⁸. Pero contiene asimismo otros preceptos que tienen un mayor alcance y de los que se derivan, al menos sobre el papel, una más intensa virtualidad jurídica. Tal es el caso de su artículo 11 («Sistemas de inteligencia artificial en la toma de decisiones»), cuyo apartado primero dice así:

«La Administración pública autonómica podrá adoptar actos administrativos mediante sistemas de inteligencia artificial en el marco de un procedimiento administrativo, de acuerdo con los Derechos digitales de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones Públicas, descritos en la Carta de Derechos Digitales

¹⁸⁸ Según establece el artículo 3 del Decreto-ley («Principios generales»): «1. La Administración pública autonómica fomentará el uso de una inteligencia artificial ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales, siguiendo especialmente las recomendaciones de la Unión Europea, de acuerdo con lo previsto en el artículo 23.4 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. 2. La Administración pública autonómica promoverá la calidad en el uso de inteligencia artificial, favoreciendo, entre otras medidas, el empleo de sistemas de IA que incorporen sellos o certificados de calidad y acrediten su conformidad a las exigencias de seguridad exigidas por la Unión Europea. Además, velará por el cumplimiento de estos estándares de calidad certificada cuando sean obligatorios en sistemas de alto riesgo.» Y, más adelante, el apartado tercero de su artículo 10 dispone lo siguiente: «En todo caso, conforme al apartado 1 del artículo 23 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, favorecerán la puesta en marcha de mecanismos para que los algoritmos involucrados en la toma de decisiones que utilice tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas siempre que sea factible técnicamente. En estos mecanismos se incluirán su diseño y datos de entrenamiento, y abordarán su potencial impacto discriminatorio. Para lograr este fin, se promoverá la realización de evaluaciones de impacto que determinen el posible sesgo discriminatorio.»

del Gobierno de España y la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (2023/C 23/01)».

El primer asunto que quizá haya reclamado la atención del lector es que, tal y como se desprende de su tenor literal, la reconocida capacidad de la Administración pública autonómica de «adoptar actos administrativos mediante sistemas de inteligencia artificial» se condiciona al cumplimiento de los derechos mencionados en el artículo XVIII de la Carta de Derechos Digitales¹⁸⁹. Por lo tanto, consciente o inadvertidamente, el Gobierno autonómico ha hecho suyos y, por tanto, juridificado y elevado a la condición de verdaderos derechos jurídicamente exigibles lo que en la Carta no eran sino «principios (derechos) programáticos». Transustanciación que no es sino consecuencia del funcionamiento de la técnica de la remisión: el objeto de la remisión (los derechos consagrados en el artículo XVIII de la Carta) pasa a ser parte integrante de la norma de remisión, incorporándose a la misma como cualquier otro asunto regulado directa y explícitamente en ella.

Por otro lado, los amplios términos con que el artículo 11.1 del Decreto-ley habilita a la Administración autonómica para adoptar actos administrativos empleando sistemas de IA permiten interpretar que, a su amparo, podrían llegar a tomarse decisiones totalmente automatizadas. Una lectura del precepto sostenible a la luz de su tenor literal que, sin embargo, plantea de inmediato el interrogante de determinar en qué medida habilitaciones genéricas de esta naturaleza son compatibles con las exigencias establecidas al respecto en el artículo 22.1.b) RGPD. Pero no es este el lugar ni la ocasión para detenerse en el examen de esta cuestión.

Ahora, lo que interesa es destacar que el Decreto-ley 2/2023 tampoco descuida incorporar alguna explícita mención a la imprescindible transparencia. En efecto, el apartado segundo del artículo 11 prosigue a continuación: «Para ello, además de los requisitos previstos en el artículo 41 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, se dará la debida publicidad del mecanismo de decisión, de las prioridades asignadas en el procedimiento de evaluación y de la toma de decisiones, así como de todos los datos que puedan impactar en su contenido». En qué se concreta esa «debida publicidad» a la que alude el precepto es, sin embargo, un asunto que el Decreto-ley prefiere orillar. Comoquiera que sea, una vez convalidado por el Pleno de la Cámara en sesión celebrada el 23 de marzo de 2023, proporciona por las razones referidas un elevado grado de tutela de los derechos digitales que entran en juego cuando se toman decisiones públicas basadas en algoritmos.

Es de prever que medidas favorecedoras de la transparencia algorítmica de esta índole vayan paulatinamente incorporándose a la normativa reguladora de las diver-

¹⁸⁹ Este artículo XVIII aparece precisamente bajo la rúbrica «Derechos digitales de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones Públicas».

sas Administraciones y/o de los diferentes sectores materiales, e incluso se extienda a la actividad jurisdiccional en cuanto se atribuya también expresamente a jueces y tribunales la capacidad de adoptar decisiones automatizadas, tal y como está ya proyectado¹⁹⁰.

Ahora bien, con independencia de cuál sea la voluntad política del legislador de profundizar en la transparencia, no cabe soslayar que la principal dificultad que debe orillarse a este respecto reside en la circunstancia de que muy frecuentemente las Administraciones recurren al sector privado para la elaboración de los programas informáticos empleados en la toma de decisiones; supuestos en los que, como tuvimos ocasión de comprobar páginas atrás, operan de forma particularmente intensa los límites a la transparencia derivados de la propiedad intelectual [art. 14.1.i) LTAIBG] y del secreto empresarial [art. 14.1.h) LTAIBG].

Nada impide, sin embargo, desde la perspectiva de estos límites, que el legislador decida imponer obligatoriamente a las empresas que deseen contratar con la Administración la accesibilidad al correspondiente programa, que podría llegar incluso a exigir la revelación del entero algoritmo o de su contenido esencial, el código fuente. Pues, por más que en esos límites se proyecten derechos e intereses constitucionalmente protegidos (más concretamente, los derechos fundamentales a la propiedad privada y a la libertad de empresa), parece evidente que el consentimiento excluye de raíz todo atisbo de menoscabo de los mismos. No es, pues, de naturaleza jurídica la principal dificultad que ha de sortearse para avanzar en la transparencia algorítmica en estos supuestos, sino de carácter puramente material: es más que probable que las empresas tecnológicas especializadas se resistan a contratar con la Administración, bajo la ineludible condición de revelar conocimientos técnicos muy sensibles, si no reciben una adecuada contraprestación que compense esa pérdida.

La certidumbre de que el disfrute de los derechos entraña necesariamente un coste para las arcas públicas¹⁹¹ adquiere, por tanto, un matiz singular cuando está en juego el derecho de acceso a la información algorítmica.

¹⁹⁰ Cuando estas líneas se ultiman, el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia se encuentra aún en tramitación en el Congreso de los Diputados; proyecto que contempla tanto «actuaciones automatizadas» (que no necesitan intervención humana en cada caso singular) como «actuaciones asistidas» (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, de 12 de septiembre de 2022, núm. 116-1*). Para más detalles sobre estas decisiones judiciales basadas en algoritmos, véase MEDINA GUERRERO, M., «Cláusulas de apertura y ejercicio de la función jurisdiccional en el Reglamento General de Protección de Datos», en: PAULNER CHULVI, C.; GARCÍA MAHAMUT, R.; TOMÁS MALLÉN, b. s. (eds), *La implementación del Reglamento General de Protección de Datos en España y el impacto de sus cláusulas abiertas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 201-226 (en prensa).

¹⁹¹ HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R., *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, W. W. Norton & Company, New York-London, 1999.

V. BIBLIOGRAFÍA

- APARICIO VAQUERO, J.P., «Comentario al Título VII del Libro I (“Programas de ordenador”）」, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 1355-1529.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., *La constitución del algoritmo*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, 2022.
- BARRIO ANDRÉS, M., «Inteligencia artificial: origen, concepto, mito y realidad», en: *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 100, septiembre-octubre 2022, pp.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 13», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 223-226.
- BLOCH-WEHBA, H., «Access to Algorithms», en: *Fordham Law Review* Vol. 88, 2020, pp. 1265-1314.
- BOIX PALOP, A., «Los algoritmos son reglamentos: La necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la adopción de decisiones», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* Vol.1, 2020, p. 224-269.
- «Transparencia en la utilización de inteligencia artificial por parte de la Administración», en: *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 100, septiembre-octubre 2022, pp. 90-105
- BRAUNEIS, R.; GOODMAN, E. P., «Algorithmic Transparency for the Smart City», en: *The Yale Journal of Law & Technology*, Vol. 20, 103, 2018, pp. 103-176.
- BRKAN, M., «Do Algorithms Rule the World? Algorithmic Decision-Making in the Framework of the GDPR and Beyond», en: *International Journal of Law and Information Technology*, 11 January 2019, pp. 1-29 (he utilizado la versión disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3124901)
- BRKAN, M.; BONNET, G., «Legal and Technical Feasibility of the GDPR’s Quest for Explanation of Algorithmic Decisions: of Black Boxes, White Boxes and Fata Morganas», en: *European Journal of Risk Regulation*, 11 (2019), pp. 18—50 (doi:10.1017/err.2020.10)
- BUCHNER, B., «Comentario al artículo 22», en: KÜHLING, J.; BUCHNER, B. (Hersg.), *Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar*, 2. Auflage, C. H. Beck, München, 2018, pp. 508-520.
- BUSUIOC, M., «Accountable Artificial Intelligence: Holding Algorithms to Account», en: *Public Administration Review*, Vol. 00, Iss. 00, pp. 1-12 (DOI: 10.1111/puar.13293).
- CAPILLA RONCERO, F. et al. (dirs.), *Derecho digital: Retos y cuestiones actuales*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

- CELESTE, E., *Digital Constitutionalism. The Role of Internet Bill of Rights*, Routledge, Abingdon, 2023.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «Doce propuestas para la mejora de la regulación de la transparencia en España», en: BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J. (coord.), *La reforma de la regulación de transparencia y buen gobierno en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022, pp. 91-125.
- «Actividad administrativa automatizada y utilización de algoritmos», en CASTILLO BLANCO, F. A. et al. (dirs.), *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (I): Digitalización y transparencia*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2022, pp. 259-287.
- «La transparencia de los algoritmos que utilizan las administraciones públicas», en: CAMP BATALLA, R. (ed.), *Anuario de Transparencia Local 3/2020*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2021, pp. 41-78.
- «El impacto de la inteligencia artificial en el Derecho Administrativo. ¿Nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?», en: *Revista General de Derecho Administrativo* 50 (2019).
- CHIACCHIO, M. G., «L'utilizzo dell'algoritmo nelle procedure valutative della PA (Commento a Consiglio di Stato, Sez. VI, Sent. 8 aprile 2019, N. 2270)», en: *European Journal of Privacy Law & Technologies* 2019/2, pp. 137-143
- CITRON, D. K., «Technological Due Process», en: *Washington University Law Review*, Vol. 85 Issue 6, 2008, pp. 1249-1313.
- COTINO HUESO, L., «SyRI, ¿a quién sanciono?» Garantías frente al uso de inteligencia artificial y decisiones automatizadas en el sector público y la sentencia holandesa de febrero de 2020», en: *La Ley Privacidad, Wolters Kluwer nº 4*, mayo 2020.
- «Qué concreta transparencia e información de algoritmos e inteligencia artificial es la debida», en: *Revista Española de la Transparencia*, núm. 16, primer semestre de 2023, pp. 17-63.
- COTINO, L.; BOIX, P. (coordinadores), *Los límites al derecho de acceso a la información pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- DE GREGORIO, G., *Digital Constitutionalism in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022.
- DE LA CUEVA, J., «Código fuente, algoritmos y fuentes del Derecho», en: *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 77, 2018 [<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-77/opinion/opinion/8382-codigo-fuente-algoritmos-y-fuentes-del-derecho>; fecha de la última consulta: 16 de diciembre de 2022].
- DIAKOPOULOS, N., «Algorithmic Accountability Reporting: On the Investigation of Black Boxes», Columbia Journalism School, Tow Center for Digital Journalism, 2014 (<https://doi.org/10.7916/D8ZK5TW2>).
- «Algorithmic Accountability. Journalistic investigation of computational power structures», en: *Digital Journalism*, 2014 (<https://dx.doi.org/10.1080/21670811.2014.976411>).

- «Accountability in Algorithmic Decision Making», *Communications of the ACM*, Vol. 59 N° 2, febrero 2016, pp. 56-62.
- EDWARDS, L.; VEALE, M., «Slave to the Algorithm? Why a 'Right to Explanation' is probably not the Remedy you are looking for», en: *Duke Law & Technology Review*, Vol. 16 N° 1, 2017, pp. 18-84.
- «Enslaving the Algorithm: From a «Right to an Explanation» to a «Right to Better Decisions?»», en: *IEEE Security & Privacy* (2018) 16(3), pp. 46-54 (doi:10.1109/MSP.2018.2701152).
- FERNÁNDEZ MASÍA, E., *La protección de los programas de ordenador en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- «Comentario al artículo 96», en: PALAU RAMÍREZ, F.; PALAO MORENO, G. (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 1199-1209.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S., «Derecho de acceso: Dos novedades autonómicas en 2022 y una tercera que no pudo ser», en: *Revista Española de la Transparencia*, núm. 15, julio-diciembre 2022, pp. 35-62.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S.; PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *El derecho al acceso a la información pública en España*, Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, 2017.
- FRANCK, L., «Comentario al artículo 15», en: GOLA, P.; HECKMANN, D. (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung VO (EU) 2016/679. Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar*, 3ª edición, C. H. Beck, München, 2022, pp. 475-503.
- GIURDANELLA, C.; GUARNACCIA, E., *Elementi di diritto amministrativo elettronico*, Hailey, Matelica, 2005.
- GOLA, P.; HECKMANN, D. (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung VO (EU) 2016/679. Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar*, 3ª edición, C. H. Beck, München, 2022.
- GUICHOT, E.; BARRERO RODRÍGUEZ, C., *El derecho de acceso a la información pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020 .
- GUTIÉRREZ DAVID, M. E., «Administraciones inteligentes y acceso al código fuente y los algoritmos públicos. Conjuro riesgos de cajas negras decisionales», en: *Derecom*, 30, 2021, pp. 143-228 (<https://www.derecom.com/derecom/>).
- «El derecho de acceso a la información pública contractual y sus límites», en: COTINO, L.; BOIX, P. (coordinadores), *Los límites al derecho de acceso a la información pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 243-293.
- HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R., *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, W. W. Norton & Company, New York-London, 1999.
- HUERGO LORA, A., «Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho Administrativo», en: HUERGO LORA, A. (dir.), *La regulación de los algoritmos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 23-87.
- «Administraciones Públicas e inteligencia artificial: ¿más o menos discrecionalidad?», en: *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, octubre- noviembre

- bre 2021 [he utilizado la versión de *La Administración al día*, Estudios y Comentarios, INAP, 25/01/2022].
- «El derecho de transparencia en el acceso a los códigos fuente», en: *Anuario de Transparencia Local 5/2022*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2023, pp. 35-66.
- IASELLE, M., «Diritti di accesso all’algoritmo, TAR Lazio apre nuovi scenari», *Altalex* 17 de mayo de 2017 (<https://www.altalex.com/documents/news/2017/05/17/diritto-di-accesso-algoritmo>).
- INGOLD, A., «Comentario al artículo 14», en SYDOW, G. (Hrsg), *Europäische Datenschutzgrundverordnung. Handkommentar*, 2. Auflage, Nomos, 2018, pp. 536-545.
- JIMÉNEZ-CASTELLANOS BALLESTEROS, I., «Decisiones automatizadas y transparencia administrativa: nuevos retos para los derechos fundamentales», en: *Revista Española de la Transparencia*, núm. 16, enero-junio 2023, pp. 191-215.
- KAMINSKI, M. E., «The Right to Explanation, Explained», en: *University of Colorado Law Legal Studies Research Paper No. 18-24*, *Berkeley Technology Law Journal* Vol. 34, No.1, 2019, pp. 1-25 (disponible en <https://ssrn.com/abstract=3196985>, así como en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.319695>)
- KLOEPFER, M., *Informationsfreiheitsgesetz und Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen - Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse in verschiedenen Rechtsgebieten und verschiedenen Kontexten*, Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, Junio 2011.
- KROLL, J. A. et al., «Accountable Algorithms», en: *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 165, 2017 pp. 633-705.
- KÜHLING, J.; MARTINI, M. et al., *Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht. Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf*, Verlagshaus Monsenstein und Vannerdat, Münster, 2016.
- LAAT, P. B. de, «Algorithmic Decision-Making Based on Machine Learning from Big Data: Can Transparency Restore Accountability?», en: *Philos. Technol* 2017, pp. 1-18 [<https://doi.org/10.1007/s13347-017-0293-z>].
- LESSIG, L., *Code and other laws of cyberspace*, Basic Books, New York, 1999.
- MAGGIOLINO, M., «EU Trade Secrets Law and Algorithmic Transparency» (March 31, 2019), en: *Bocconi Legal Studies Research Paper No. 3363178*. [Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3363178>; o bien en <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3363178>; última consulta: 16/02/2023].
- MALGIERI, G., «Trade Secrets v Personal Data: a possible solution for balancing rights», en: *International Data Privacy Law*, Volume 6, Issue 2, 2016, pp. 102-116.
- MANCOSU, G., «Les algorithmes publics déterministes au prisme du cas italien de la mobilité des enseignants», en: *Rivista italiana di informatica e diritto*, Fascicolo 1-2019, pp. 75-85 (DOI: 10.32091/RIID0005).

- MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Comentario al artículo 14», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 227-256.
- MARTINI, M.; NINK, D., «Wenn Maschinen entscheiden ... — vollautomatisierte verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz», en: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht-Extra*, 10, 2017, pp. 1-14.
- MAZUR, J., «Right to Access Information as a Collective-Based Approach to the GDPR's Right to Explanation in European Law», en: *Erasmus Law Review* december 2018 | No. 3, pp. 178-189 - doi: 10.5553/ELR.000116 [disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3356770>].
- MECKLENBURG, W.; PÖPELMANN, B. H., *Informationsfreiheitsgesetz*, Deutscher Journalisten-Verband *et al.*, Berlin, 2007.
- MEDINA GUERRERO, M., «El derecho a conocer los algoritmos utilizados en la toma de decisiones. Aproximación desde la perspectiva del derecho fundamental a la protección de datos personales», en: *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 49, 2022, pp. 141-171.
- *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw Hill, Madrid, 1996.
- MENELL, P. S., «Tailoring a Public Policy Exception to Trade Secret Protection», en: *California Law Review*, Vol. 105, N° 1 (February 2018), pp. 1-63.
- MESSIA DE LA CERDA CABALLERO, J. A., «Comentario al artículo 14 i) y j)», en: TRONCOSO REIGADA, A. (dir.), *Comentario a la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2017, pp. 935-958.
- NOTO LA DIEGA, G., «Against the Dehumanisation of Decision-Making — Algorithmic Decisions at the Crossroads of Intellectual Property, Data Protection, and Freedom of Information», en: *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law (JIPITEC)*, 9, 2018, pp. 3-34.
- OLIVARES OLIVARES, B., «Transparencia y aplicaciones informáticas en la Administración tributaria», en: *Crónica Tributaria*, núm. 174, 2000, pp. 89-111.
- OSWALD, M. *et al.*, *The UK Algorithmic Transparency Standard: A Qualitative Analysis of Police Perspectives*, 7 julio 2022 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4155549)
- PALAU RAMÍREZ, F.; PALAO MORENO, G. (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- PALMA ORTIGOSA, A., «Decisiones automatizadas en el RGPD. El uso de algoritmos en el contexto de protección de datos», en: *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, 2019.
- PLAZA PENADÉS, J., «Comentario al artículo 14», en: RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª edición, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 150-169.

- PONCE SOLÉ, J. «Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento debido tecnológico», en: *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, 2019.
- POOLEY, J., «Trade secrets: The other IP right», en: *WIPO Magazine*, 3/2013.
- PRESNO LINERA, M. A., *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, Marcial Pons, Madrid, 2022.
- RALLO LOMBARTE, A., «Una nueva generación de derechos digitales», en: *Revista de Estudios Políticos*, núm. 187, 2020, pp. 101-135.
- RIVERO ORTEGA, R., «Algoritmos, inteligencia artificial y policía predictiva del Estado vigilante», en: *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 62, 2023.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J. L., «Transparencia y protección de datos personales: criterios legales de conciliación», en: CANALS AMETLLER (ed.), *Datos. Protección, Transparencia y Buena Regulación*, Documenta Universitaria, Girona, pp. 53-85.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., «Comentario al artículo 97», en: RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª edición, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 591-593.
- RUM, A. L., «Il provvedimento amministrativo adottato mediante algoritmo: il ruolo dell'intelligenza artificiale nel processo decisionale della P.A.», en: *Il Diritto Amministrativo. Rivista Giuridica*, Año XV, n. 02, Febbraio 2023.
- SCHEJA, K., «Schutz von Algorithmen in Big Data Anwendungen», en: *Computer und Recht*, 8/2018, pp. 485-492.
- SCHNEIDER, J., «Urheberrechtsschutz für Software», en: SCHNEIDER, J. (ed.), *Handbuch EDV-Recht: IT-Recht mit IT-Vertragsrecht, Datenschutz, Rechtsschutz und E-Business*, Otto Schmidt KG, 2017, pp. 1023-1130.
- SCHULTE, U.; TIMM, M., «Entscheidungsanmerkung zu dem Urteil des Bundesgerichtshofes vom 28.1.2014 — VI ZR 156/13. Umfang des Auskunftsanspruches gegen die Schufa-Scorewerte», en: *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 17/2014, pp. 1235-1239.
- SELBST, A. D.; POWLES, J., «Meaningful information and the right to explanation», en: *International Data Privacy Law*, 2017, Vol. 7, No. 4, pp. 233-242. [doi:10.1093/idpl/ix022].
- SOARES FARIÑO, D., «The Portuguese Charter of Human Rights in the Digital Age: a legal appraisal», en: *Revista Española de la Transparencia*, núm. 13, 2021, pp. 85-101.
- SORIANO ARNANZ, A. «Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 3, 2021, pp. 85-127.
- SOTO BERNABEU, L., «La importancia de la transparencia algorítmica en el uso de la inteligencia artificial or la Administración tributaria», en: *Crónica Tributaria*, núm. 179, 2021, pp. 93-129.

- SPIELKAMP, M., «AlgorithmWatch: What Role Can a Watchdog Organization Play in Ensuring Algorithmic Accountability?», en: CERQUITELLI, T.; QUERCIA, D.; PASQUALE, F. (Eds.), *Transparent Data Mining for Big and Small Data*, Springer, 2017, pp. 207-215.
- VALERO TORRIJOS, J., «Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración», en: *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 58, 2019.
- VENDRELL CERVANTES, C., «Comentario al artículo 14», en: PALAU RAMÍREZ, F./PALAO MORENO, G. (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 264-295.
- VESTRI, G., «La inteligencia artificial ante el desafío de la transparencia algorítmica. Una aproximación desde la perspectiva jurídico-administrativa», en: *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 56, 2021, pp. 368-398.
- VILASAU SOLANA, M., «El consentimiento general y de menores», en: RALLO LOMBARTE, A. (dir.), *Tratado de protección de datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 197-250.
- VILLALBA CANO, L., «La representación de los interesados (Comentario al artículo 80 RGPD)», en: TRONCOSO REIGADA, A. (dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Tomo II, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 3019-3040.
- VIOLA, L., «L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte», federalismi.it. *Rivista di Diritto Pubblico italiano, comparato, europeo*, núm. 21, 2018, pp. 2-44.
- WACHTER, S.; MITTELSTADT, B.; FLORIDI, L., «Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation», en: *International Data Privacy Law*, 2017, Vol. 7, No. 2, pp. 76-99 [doi:10.1093/idpl/ix005].
- WEGENER, B. W., *Zum Verhältnis des Rechts auf freien Zugang zu Umweltinformationen zum Urheberrecht -Gutachten-*, Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, mayo 2010.
- WEICHERT, T., «Die verfassungsrechtliche Dimension der Algorithmenkontrolle», *Datenschutz Nachrichten* 3/2018, pp. 132-138.
- ZARSKY, T. Z., «Transparent Predictions», en: *University of Illinois Law Review*, Vol. 2013, No 4, 2013, pp. 1503-1570.