

LA PREVENCIÓN DE RIESGOS DE MALA ADMINISTRACIÓN Y CORRUPCIÓN, LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN (*)

Juli Ponce Solé

Director del Instituto de Investigación TransJus, de la Universidad de Barcelona.

Profesor Titular, Acr. para catedrático de Derecho Administrativo

RESUMEN

El presente trabajo estudia como la inteligencia artificial puede ser una herramienta útil para la prevención de la mala administración y la promoción del derecho a una buena administración. Para ello, es preciso una aproximación transdisciplinar, que incorpore un análisis de riesgos y el principio de precaución social. Tras analizar la situación en diversos países, se aborda la cuestión del uso de datos masivos e inteligencia artificial para prevenir la mala administración, analizándola desde la perspectiva del Derecho y la gestión pública, tomando en consideración una muy interesante iniciativa legislativa en marcha en la comunidad autónoma valenciana.

ABSTRACT

The study analyzes how artificial intelligence can be a useful tool to prevent maladministration and to promote the right to good administration. It is necessary a transdisciplinary approach in order to get those goals, as well as a risk analysis based on the social precautionary principle. After analyzing the situation in several countries, this research deals with the issue of big data and AI as means to prevent maladministration. It is studied from legal and managerial perspectives, taking into account a new and really interesting bill from the autonomous community of Valencia.

1. TRANSDISCIPLINARIEDAD Y PROBLEMAS *PERVERSOS*: LA MALA ADMINISTRACIÓN Y LA CORRUPCIÓN

Como es bien sabido, la *mala administración*, concepto típicamente europeo (véase el art. 43 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), sea ésta negligente, por falta de la *diligencia debida* en cada caso, luego volveremos sobre ello, sea *dolosa*, siendo entonces corrupción, supone un grave problema económico (con un coste para la sociedad elevado, y unos impactos ambientales y sociales evidentes). Conseguir afrontar con éxito el problema de la mala administración es difícil, porque constituye uno de los problemas denominados retorcidos (*wicked*), cuya resolución no es posible con un solo enfoque y que requieren de plurales puntos de vista y maneras de abordarlos desde distintas ciencias (BERNSTEIN, 2015).

En relación con el tema que nos ocupa, la LERU, la Liga de Universidades Europeas Investigadoras (*League of European Research Universities*, LERU)¹ ha puesto de relieve

¹ Es un consorcio de las mejores universidades europeas, entre ellas una española, la Universidad de Barcelona, dedicadas a la investigación, comprometidas con los valores de la enseñanza de alta calidad dentro de un entorno de investigación internacional competitiva. Véase su web: <http://www.leru.org/index.php/public/home/>

recientemente como esos problemas *retorcidos* exigen crecientemente una investigación, multi, inter o transdisciplinar, que se presenta como uno de los retos claves del siglo XXI².

Esto es especialmente cierto en el ámbito de la corrupción, como ya avanzábamos, sobre todo cuando las nuevas corrientes internacionales, como veremos, están aplicando la inteligencia artificial para prevenir y luchar contra la misma, lo que nos lleva indefectiblemente a deber tener en cuenta perspectivas variadas, como la jurídica, la de la gestión pública, la de la ingeniería, la de la matemática... La complejidad, pues, es inevitable y tendremos que aprender a gestionarla.

2. EL BIEN JURÍDICO MACROSOCIAL BUENA ADMINISTRACIÓN, EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN Y LAS OBLIGACIONES JURÍDICAS DE BUENA ADMINISTRACIÓN.

En este trabajo, se va a intentar esa transdisciplinariedad, si bien el énfasis se va a situar en el marco jurídico y de gestión pública, partiendo desde el principio de una constatación crucial: el empleo de la inteligencia artificial en la prevención de la corrupción supone un mecanismo para hacer realidad el derecho a una buena administración de todos los ciudadanos.

La buena administración es el bien jurídico que se halla tras la tipificación por los códigos penales de los delitos de los empleados públicos. Como señala la STS, Sala de lo penal, de 18 de diciembre de 2008, recurso de casación 13/2008:

“El deber de motivación es sustancial en todo Estado de Derecho, y se impone por nuestra legislación administrativa y constitucional, y en el ámbito de la Unión Europea por el art. 41 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio (RCL 2008, 1437), por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, Carta de Derechos, que concede el derecho a todos los ciudadanos a una buena administración, que incluye, entre otros derechos, la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones. Es una constante, constatada con frecuencia desafortunadamente, que las autoridades administrativas en asuntos de elevadas solicitudes utilizan modelos estandarizados, ausentes de cualquier motivación, tanto fáctica como jurídica, al caso sometido a su consideración, resolviendo, pues sin expresar el razonamiento que es debido. Ello puede dar lugar al delito de prevaricación administrativa cuando a la injusticia intrínseca de la resolución, se une la arbitrariedad de la misma, resultante de tan inmotivado proceder”.

Pero para entender el significado del derecho a una buena administración, y de las obligaciones para las autoridades públicas que previenen la mala administración y la corrupción, hay que trascender el Derecho penal, que lo protege, e ir a la esencia de su previsión en numerosos textos legales y en la jurisprudencia actual.

Si bien transparencia y buena administración tienen profundos vínculos, se trata, en nuestra opinión, de conceptos distintos, aunque interrelacionados, cuya efectividad puede y debe hacerse realidad mediante técnicas distintas.

Para comenzar, conviene deslindar otros conceptos también íntimamente vinculados a la buena administración, pero no exactamente idénticos. Así, el concepto de gobernanza (y de buena gobernanza) hace referencia, como es sabido, a una forma de gobernar más cooperativa en la que la que *actores públicos y privados* participan en red en la formulación y aplicación de la

² LERU, *Interdisciplinarity and the 21st century research-intensive university* 2016, pp. 21 y ss, http://www.leru.org/files/publications/Interdisciplinarity_and_the_21st_century_research-intensive_university.pdf

política y las políticas públicas de acuerdo con los principios de buena gobernanza³. Por su parte, el gobierno (y el buen gobierno) se refiere, en nuestra opinión, al modo cómo una parte del poder ejecutivo desarrolla sus funciones, mientras la buena administración hace referencia al modo cómo el otro componente del poder ejecutivo desarrolla sus tareas administrativas, siendo los conceptos de mala administración (negligente) y corrupción (mala administración dolosa) sus opuestos⁴.

En este sentido, pues, el buen gobierno y la buena administración son nociones distintas de la buena gobernanza, más restringidas y concretas, pues no incluyen a actores privados y se distinguen por la específica función a la que se refieren, aunque en ocasiones, sobre todo buena gobernanza y buen gobierno, se utilicen de forma indistinta, dependiendo del contexto y del idioma⁵.

El concepto de buena administración ha conocido en las últimas décadas una tecnificación jurídica que lo ha hecho plenamente operativo como guía de conducta pública y como criterio de resolución de concretos conflictos. El poder ejecutivo se ve hoy en día sometido a concretas obligaciones jurídicas vinculadas a la existencia de un auténtico derecho subjetivo de los particulares a una buena administración.

En el ámbito *europeo*, el Consejo de Europa ha sido activo en el ámbito del deber de buena administración. Así, la Recomendación CM/REC (2007) 7 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre buena administración incluye varias sugerencias a los Estados Miembros para promover la buena administración. Entre ellas, hay una sobre la adopción de los estándares establecidos en un código modelo que se acompaña como apéndice a la propia Recomendación. Por lo que se refiere a la *Unión Europea*, debe resaltarse la conocida consagración en la Carta de Derechos Fundamentales (art. 41)⁶. El Tratado de Lisboa pasa a reconocer a la Carta, y por tanto, a su art. 41, plena virtualidad jurídica⁷. Además, el Parlamento

³ Sobre el concepto, véase por todos, CERRILLO, A., “La gobernanza hoy: introducción”, en CERRILLO, A (Coord), *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, INAP, Madrid, 2005, pp. 11 y ss, disponible gratuitamente en:

<http://eva.universidad.edu.uy/pluginfile.php/283571/course/section/30002/lectura1G.pdf>

Sobre los principios de buena gobernanza, téngase en cuenta el conocido Libro Blanco de la Unión Europea de 2001, consultable en español en:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0428&rid=2>

⁴ Sobre la mala administración y la corrupción, vid. PONCE, J., “La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local (con referencias al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno)” en *Anuario del Gobierno Local 2012*, Fundación Democracia y Gobierno Local-IDP, 2013, Consultable gratuitamente en:

http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1432/03_PONCE_p93_140_Anuario_2012.pdf?sequence=1

⁵ En este sentido, identificando *good governance* y *good government*, por ejemplo, ADDINK, G.H., “Three legal dimensions of good governance. Some recent developments”, en CASTRO, A., (Editor), *Buen gobierno y derechos humanos*, PUCP, Lima, 2014, pp. 23 y ss.

⁶ “Artículo 41

Derecho a una buena administración

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.
2. Este derecho incluye en particular: El derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.
3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.
4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.”

⁷ Véase el art. 6.1 del TUE de acuerdo con el Tratado de Lisboa, confiriendo a la Carta el mismo valor jurídico que a los Tratados. En cualquier caso, como es sabido, el derecho a una buena administración sólo es de aplicación en

Europeo ha aprobado el *Código Europeo de Buena Conducta Administrativa*, por resolución de 2001, posible embrión de una futura codificación del procedimiento administrativo europeo⁸. Se debe notar, por otra parte, que un deber jurídico parecido se encuentra recogido en *ordenamientos jurídicos de nuestro entorno*, como es el caso del principio de *buon andamento*, recogido en la Constitución italiana⁹.

El derecho a una buena administración se encuentra ya incorporado en diversa *normativa española*. La Constitución de 1978 (como hemos tenido ocasión de señalar en otro momento con más extensión y detalle¹⁰), prevé, implícitamente un auténtico deber jurídico de medios: lo que hemos denominado, siguiendo la línea clásica de nuestra legislación, jurisprudencia y doctrina, *deber de buena administración*. Deber que se encuentra explicitado en las artes. 9.3 (principio de interdicción de la arbitrariedad), 31.2 (principios de economía y eficiencia) y 103.1 (principios de objetividad, coordinación y eficacia) y que afecta a todo desarrollo de la función administrativa.

Recientes modificaciones de *Estatutos de Autonomía* han recogido también el derecho a una buena administración¹¹. En el *nivel legal*, la legislación de contratos contiene una referencia clásica a la orientación de la capacidad de contratación de las Administraciones públicas por los principios de buena administración, ahora incluida en el art. 34 de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.¹²

Asimismo, por ejemplo, también hay una referencia en el Preámbulo de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, donde se hace una alusión a la buena administración.

Una reciente incorporación *in extenso* del derecho a una buena administración lo encontramos en diversas *leyes autonómicas*. Así, la ley catalana 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, cuyo artículo 22 recoge explícitamente un derecho a una buena administración. En Andalucía, la Ley 9/2007, de 22 de octubre, también se refiere a los principios de buena administración. En el caso de Castilla y León, el derecho a una buena administración reconocido en su Estatuto es desarrollado por una entera ley, la ley de la Comunidad Autónoma de Castilla y León 2/2010, de 11 de marzo, de Derechos de los Ciudadanos en sus relaciones con la Administración y de Gestión Pública. La

las relaciones jurídicas con las instituciones comunitarias, no respecto de las autoridades nacionales, aunque no falten opiniones que entiendan argumentable la necesidad de extender aquél a éstas, al menos cuando aplican Derecho Comunitario. Véase: Eva Nieto-Garrido e Isaac Martín Delgado, 2007. *European Administrative Law in The Constitutional Treaty*, Hart, 86 y ss.

⁸ En septiembre de 2009, el *Síndic de greuges* catalán, publicó un *Código de Buenas Prácticas Administrativas*, inspirado, como señala él mismo, en este Código de Buena Conducta Administrativa.

⁹ Un informe oficial encargado por el Gobierno sueco a la Agencia sueca para la Gestión Pública, establece una interesante comparación de los principios de buena administración existentes en los ordenamientos jurídicos de los distintos países de la Unión Europea Consultable en <http://www.statskontoret.se/upload/Publikationer/2005/200504.pdf>

¹⁰ Juli Ponce Solé, 2001, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova: Valladolid

¹¹ Téngase en cuenta el art. 30 del Estatuto de Autonomía catalán, aprobado por la Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio, el art. 31 del nuevo Estatuto de Autonomía andaluz, aprobado por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, el artículo 14 del nuevo Estatuto de Autonomía balear, aprobado por Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, del artículo 12 del nuevo Estatuto de Autonomía de Castilla y León, aprobado por Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre o del art. 9 de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, al Estatuto de Autonomía valenciano.

¹² “Artículo 34. Libertad de pactos. 1. En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.”

ley balear 4/2011, de 31 de marzo, por su parte, se ocupa del buen gobierno y de la buena administración.

En fin, en el caso valenciano, el art. 9 del Estatuto de Autonomía, así como las leyes 2/2015, de 2 de abril de Transparencia, Buen Gobierno y Participación ciudadana y 5/2016, de cuentas abiertas, contienen referencias a este derecho.

Pasando de los textos legales a la *jurisprudencia* generada en la resolución de problemas concretos, hay que mencionar la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que alude al principio de buena gobernanza (*good governance*) derivado del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y lo aplica a la actividad administrativa. El TEDH mantiene una consistente jurisprudencia aludiendo al *principio de buena gobernanza* como instrumento jurídico para orientar y limitar la discrecionalidad de las autoridades de los países miembros del Convenio de 1950¹³. En cuanto a la jurisprudencia del *Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea* y del *Tribunal de Primera Instancia*, diversas sentencias se han referido a la buena administración de forma implícita y explícita.¹⁴ En la misma línea, el *Tribunal Supremo español* y los *Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas* ya se han referido en numerosas ocasiones al derecho a una buena administración¹⁵. Esta jurisprudencia insiste en la necesidad de desarrollar una *diligencia debida* en la ponderación de hechos e intereses relevantes en la toma de la decisión y que la misma quede plasmada en el expediente y la motivación de las decisiones públicas.

*El derecho a la buena administración supone, pues, un auténtico cambio de paradigma en el entendimiento, análisis y control de la actividad pública*¹⁶, pues respecto a ésta debe entenderse, ante todo, que incluso la producción de actos jurídicos formalizados (autorizaciones, reglamentos, etc.), como resultado del ejercicio de potestades administrativas (así como también la de no formalizados, en el caso de la actividad material o técnica) supone un servicio para la

¹³ Así, de las decisiones *Cazja contra Polonia*, de 2 de octubre de 2012, *Rysovskyy contra Ucrania*, de 20 de octubre de 2011, u *Öneryildiz contra Turquía*, de 30 de noviembre de 2004, se deduce que aunque el ejercicio de la discrecionalidad administrativa incluya una multitud de factores locales inherentes en la elección, implementación de políticas públicas (como por ejemplo, las urbanísticas) y en las medidas que resulten, ello no significa que las autoridades puedan legítimamente apoyarse sólo en su margen de apreciación, el cual de ningún modo les dispensa de su deber de actuar conforme al principio de buena gobernanza, que impone una actividad pública:

- Ágil y rápida y en su debido momento (“promptly”, “speedily”, “in good time”), desarrollada de una manera apropiada y “sobre todo” consistente, especialmente cuando afecta a “derechos humanos fundamentales, incluyendo el derecho de propiedad”.
- Llevada a cabo con sumo (“utmost”) cuidado, “en particular cuando se trata de materias de vital importancia para los individuos, como beneficios sociales y otros derechos parecidos”.
- Mediante el desarrollo de procedimientos internos que permitan la transparencia y la claridad de sus operaciones, minimicen el riesgo de errores y promuevan la seguridad jurídica en las transacciones entre particulares afectando intereses relativos a la propiedad.
- Correctora de errores cometidos, con el pago, en su caso, de una adecuada compensación u otro tipo de reparación apropiada para el ciudadano afectado por los mismos.

¹⁴ Véase H.P. NEHL.1999. *Principles of Administrative Procedures in EC Law*, Hart publishing: Oxford; Jürgen Schwarze, 2004. “Judicial Review of European Administrative Procedure”, *Public Law*, 49, 146 y ss.. Por lo que se refiere al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, son destacables diversas decisiones, sobre todo desde los años setenta, entre ellas, por ejemplo, el caso C-260/90 *Technische Universität München v. Hauptzollamt München-Mitle* (1991) ECR I-546, anterior a la Carta de Derechos Fundamentales, y el caso ante el Tribunal de Primera Instancia que dio lugar a la sentencia de 30 de enero de 2002 (Caso T-54/99, *Max. mobil Telekommunikation Service GmbH. v. Commission*).

¹⁵ Un recopilatorio de más de 80 sentencias puede hallarse en <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507021>

¹⁶ Utilizamos la expresión paradigma en el sentido empleado en el ámbito de las ciencias naturales por T.S KUHN, 1996, 3ra ed., *The structure of scientific revolutions*, University of Chicago: Chicago (existe traducción al español: *La estructura de de las revoluciones científicas*, 1981, Madrid: Fondo de Cultura Económica), extendiéndolo en este caso a las ciencias sociales y, concretamente, al Derecho (público).

colectividad, como lo es la gestión de hospitales o de escuelas, *servicio que puede y debe ser evaluado tomando como parámetros, entre otros, los criterios de objetividad, racionalidad, eficacia, eficiencia y economía, que pueden articularse a través del procedimiento de elaboración de esas decisiones*¹⁷. Esta reflexión nos conduce a la *relevancia del Derecho en garantía de la buena administración*, aunque ésta no sólo depende de él (pero también de él¹⁸).

Si bien transparencia y derecho a una buena administración tienen profundas relaciones, lo cierto es que son dos conceptos distintos, el segundo más amplio que el primero, siendo aquella, en definitiva, uno de los instrumentos para el logro de la efectividad de éste. En esta línea, el artículo 15 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea señala como “*A fin de fomentar una buena gobernanza y de garantizar la participación de la sociedad civil, las instituciones, órganos y organismos de la Unión actuarán con el mayor respeto posible al principio de apertura*”, y la STS de 30 de abril de 2012 (Recurso Núm. 1869/2011), aceptando los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia, respaldada por el TS que rechaza el recurso de casación, señala como el derecho a una buena administración, “*derecho de última generación*”, es integrado por el acceso de los ciudadanos a archivos y registros, vinculado a principios de transparencia:

“SEGUNDO.- (...)”

El derecho a una buena administración se contenía en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000). Esa Carta no se encontraba integrada en los Tratados Constitutivos pero fue asumida por todos los países miembros en la cumbre de Niza -Tratado de 26 de febrero de 2001-. Y ese derecho sería concretado después en el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa de 2005.

En el derecho a una buena administración se integra el derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, derecho reconocido en el artículo 105.b. de la Constitución (RCL 1978, 2836) y que, al igual que el derecho de audiencia o la obligación de motivar las decisiones administrativas, como decíamos, íntegra el contenido del derecho a una buena administración, derecho de última generación”.

En definitiva, como señala la OCDE en un reciente e importante informe de abril de 2017, la buena gobernanza puede ayudar a reconstruir la confianza de los ciudadanos en el sector público, y una parte relevante de ella son las obligaciones jurídicas de buena administración mencionadas.

Como señala este informe, la idea de que la buena administración genera confianza en las instituciones públicas y permite luchar contra la desafección ciudadana al promover procedimientos justos y resultados adecuados es un importante concepto en las investigaciones modernas (OCDE, 2017, 21¹⁹)

2.1. Represión y prevención de la mala administración y la corrupción: Evaluación y gestión de riesgos de corrupción y persecución penal.

¹⁷ Llama la atención sobre este punto V CERULLI IRELLI, 1997., "La simplificación de la acción administrativa", *D.A.*, 248-249, 1997, 339 y 340, señalando el cambio cultural "de verdadera y propia revolución" que esto comporta, respecto a los administradores, los jueces y los ciudadanos.

¹⁸ Véase PONCE SOLÉ, J., “Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero”, *Gestión y Análisis de políticas Públicas*, Número 11, 2014, consultable gratuitamente en: <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=GAPP&page=article&op=view&path%5B%5D=10176>

¹⁹ Ganando peso continuamente a nivel internacional. Véase, por ejemplo: <http://www.goodgovernance.org.au/about-good-governance/>

Hasta ahora, el énfasis en la protección del bien jurídico buena administración y la garantía del derecho a una buena administración ha estado basada sobre todo en una reacción *judicial* de tipo *penal* a los daños causados. Como señala la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2009:

“(…) la desastrosa situación a que, a pesar de la normativa legal y administrativa, se ha llegado en España respecto a la ordenación del territorio, incluida la destrucción paisajista, justifica que, ante la inoperancia de la disciplina administrativa, se acude al Derecho Penal, como *Última Ratio* (…)”.

Sin embargo, ésta no es el único enfoque posible, ni deseable, en relación al logro de la buena administración. Existen diversas técnicas para promocionar ésta. A continuación citamos algunas:

- a) Evaluación de la calidad normativa
- b) Selección y estatuto jurídico de empleados públicos de libre designación, eventuales, directivos y funcionarios locales habilitados estatales.
- c) Definición del derecho a una buena administración y de su estándar de debida diligencia y extensión a privados que ejercen funciones públicas.
- d) Códigos éticos y de conducta, formación e infraestructura ética. Los *compliance officers*
- e) Derecho a una buena administración y criterios no jurídicos en la motivación
- f) La regulación del indulto y su control judicial
- g) La mejora de la regulación de los conflictos de intereses
- h) La regulación de los *lobbies*
- i) Las Cartas de Servicio, los estándares de buena administración, la inactividad y la responsabilidad patrimonial
- j) La evaluación de las políticas públicas y su institucionalización
- k) La organización administrativa al servicio de la buena administración
- l) Regulación de la transparencia: derecho de acceso y ofrecimiento de información.
- m) El reforzamiento de los controles de la Administración
 - Mejoras en organismos constitucionales y estatutarios de control
 - Mejoras en relación con las funciones y a la protección de la labor de los controladores en el ámbito local
 - Mejora del control de los actos trámite y de las medidas cautelares en el control judicial de la administración
 - La responsabilidad patrimonial por mal gobierno y mala administración
 - Acción pública en materia de mal gobierno y mala administración
 - Regulación de la figura del *Whistleblowing*
 - ***Big data e inteligencia artificial para prevenir la corrupción y la mala administración***

De entre todas estas perspectivas, aludidas en otros momentos (por ejemplo, PONCE, 2016) vamos a centrarnos aquí en esta última. Lo que tienen en común muchas de ellas es un cambio de enfoque: pasar de centrarse sólo en la reacción *a posteriori* contra los daños causados por peligros a la buena administración, mediante la vía judicial penal, a incorporar la perspectiva de la prevención de los riesgos de corrupción.

De acuerdo con el *Diccionario del español jurídico*, un daño es un perjuicio o lesión; un peligro, la capacidad y potencialidad para causar daños y un riesgo es la contingencia o proximidad de un daño, la función de la probabilidad de ocurrencia de un suceso y de la cuantía

del daño que puede provocar²⁰. Si esa probabilidad se considera que es baja, estaríamos ante un riesgo residual o tolerable.

La clave está en pasar de la defensa frente a peligros al conocimiento, evaluación, gestión y prevención de riesgos, en un proceso similar al seguido en otros sectores donde están en juego bienes macrosociales, como, por ejemplo, el medio ambiente.

2.2. El principio de precaución social y los riesgos de mala administración y corrupción

En ese sentido, y en paralelismo con el principio de precaución ambiental, la existencia de *indicios* suficientes (mediante *red flags*, esto es banderas rojas, señales de alarma) es razón para reaccionar frente al posible riesgo, cuando menos investigando su posible alcance. En este sentido, en el ámbito de la mala administración, hay que tener en cuenta el principio de precaución social, que ya ha sido manejado por nuestro Tribunal Supremo, en el contexto de la calidad regulatoria (STS de 5 de diciembre de 2016):

“Pero el avance en las previsiones sobre el impacto social y medio ambiental (...), ha llevado más tiempo en dejarse sentir, pese a su indubitada conexión, por una parte, con el concepto de la sostenibilidad social, ya recogido incluso por la propia Constitución (artículo 135.4), y del que *no parece irrazonable deducir la necesidad de requerir un esfuerzo complementario de motivación para explicar las razones que llevan a la adopción de determinadas normativas que inciden negativamente sobre los derechos sociales (en este sentido, se pronuncian expresamente sendos votos particulares a las sentencias constitucionales 49/2015 y 139/2016)*, y si en materia de medio ambiente la jurisprudencia ha venido a consagrar la exigencia de aportar una motivación reforzada en sustento de la adopción de una medida regresiva en base al principio ambiental de no regresión -Sentencias de 13 de junio de 2011 RC 4045/2009, 30 de septiembre de 2011 RC 1294/2008 y de 29 de marzo de 2012 RC 3425/2009- como consecuencia a su vez del principio de la sostenibilidad ambiental, *no parece que el principio de precaución social pueda comportar menores exigencias; y, por otra parte, con el derecho a la buena administración, contemplado en el artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, que en su germen lleva también la procedencia de observar un deber de cuidado en la adopción de las decisiones con la debida ponderación de todos los intereses y hechos relevantes; y ello ha de encontrar adecuado reflejo en la memoria del análisis de impacto normativo.*

No puede ignorarse, sin embargo, que, además de la posterior entrada en vigor de los textos legales que ahora constituyen el marco normativo de referencia (*Leyes 39 y 40/2015*) en los términos antes indicados, *siquiera de forma sucinta en el supuesto que estamos examinando la memoria que figura en el expediente también se refiere al impacto social de la norma proyectada.*”

3. ANÁLISIS DE RIESGOS EN EL ÁMBITO DE LA CORRUPCIÓN

3.1. Nivel internacional

Este es el camino que ya hace años han empezado a recorrer diversos países, siguiendo recomendaciones de nivel internacional, por parte de OCDE²¹ y ONU (téngase en cuenta, entre otras, el art. 10 de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción de 2003, que se refiere a la evaluación riesgos de corrupción, posibles peligros para una “debida gestión pública”,

²⁰ <http://dej.rae.es/>

²¹ Por ejemplo, *Towards a Sound Integrity Framework: Instruments, Processes, Structures and Conditions for Implementation*, GOV/PGC/GF(2009)1, OCDE, 2009, p. 21)

a que se alude en el art. 5), así como específicas europeas: en el Anexo referido a España del *Informe de lucha contra la corrupción COM(2014) 38 final*, de 3 de febrero de 2014, se alude al tema y se recomienda a España que preste mayor atención a «[d]esarrollar estrategias a la medida para las administraciones regionales y locales, precedidas por evaluaciones del riesgo de corrupción»²².

3.2. Italia

A nivel nacional destaca el caso italiano, en que desde la ley 190 de 2012 se exige un Plan Nacional de identificación de riesgos elaborado por la Autoridad Nacional Anticorrupción (el primero de 2013, el segundo de 2016), así como un plan trienal en cada administración, en la que se nombra a un responsable de la prevención de la corrupción (en el nivel local, los secretarios de ayuntamiento). MERLONI y PONTI se han mostrado críticos con la calidad de los planes y con la actitud burocrática de hacer el trámite para cumplir formalmente, sin considerar realmente la efectividad de las medidas adoptadas (MERLONI y PONTI, 2017, 205).

3.2. Colombia

En Colombia el “Estatuto Anticorrupción” (Ley 1474 de 2011) establece como parte de las políticas institucionales y pedagógicas, la elaboración del Plan anticorrupción y de atención al ciudadano por parte de todas las entidades del Estado Colombiano (artículo 73) para enfrentar la corrupción y mejorar la gestión pública. El propósito es crear un instrumento de carácter preventivo que permita que cada entidad cuente con un mapa de riesgos de corrupción y desarrolle una estrategia con medidas concretas para mitigar los riesgos, mediante la elaboración de un mapa de riesgos de corrupción y de las medidas para controlarlos y evitarlos.

Las entidades del orden nacional, departamental y municipal deberán publicarlo en un medio de fácil accesibilidad al ciudadano, como la página web. No existe una entidad encargada de asesorar o validar la formulación del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano, es responsabilidad de cada entidad. Tampoco existe un formato establecido para la elaboración del Plan, se debe cumplir con las políticas en el contempladas. Cada entidad debe realizarlo siguiendo sus procedimientos internos. El Jefe de Control Interno o quien haga sus veces es el encargado de verificar y evaluar la elaboración, visibilización, el seguimiento y control del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano.

El artículo 81 del Estatuto Anticorrupción, dispone que el incumplimiento en la implementación de las políticas institucionales y pedagógicas contenidas en el capítulo sexto, -en el que se encuentra desarrollado el Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano” se considera falta disciplinaria grave. Las entidades deberán realizar seguimiento a los mapas de riesgo por los menos tres (3) veces al año, esto es con corte a abril 30, agosto 31 y diciembre 31. Teniendo en cuenta que la dinámica en la cual se desenvuelve la corrupción puede variar y en algunos casos sofisticarse, dificultando o incluso impidiendo su detección, es necesario que permanentemente se revisen las causas del riesgo de corrupción identificado.

4. TECNOLOGÍA Y PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN. LA IMPORTANCIA DE LOS INDICADORES.

En este cambio de paradigma hacia la prevención de los riesgos de corrupción, la tecnología puede aportar un elemento de eficacia destacable, como señala el Parlamento europeo en su resolución de 14 de marzo de 2017 sobre las implicaciones en materia de derechos fundamentales del *big data*.

²² COMISIÓN EUROPEA, *Anexo: España, al Informe de lucha contra la corrupción de la UE*, COM(2014) 38 final, de 3 de febrero de 2014, p. 16.

De hecho, existen diversas experiencias tanto a nivel de la Unión Europea (programa *Arachne*²³ o *Pluto*²⁴) como nacionales (caso húngaro, con el Proyecto *Red Flags* con participación de Transparencia Internacional²⁵).

En todos estos usos de la tecnología para conocer y evaluar los riesgos de corrupción son cruciales los *indicadores* que se utilicen. El concepto de indicador no es desconocido en la gestión administrativa, pero es novedoso en este campo. Un indicador puede ser definido como una unidad de medida que permite el seguimiento y la evaluación periódica de las variables claves de una organización mediante su comparación en el tiempo con los correspondientes referentes internos y externos (GUINART, 2004).

Existen diversos tipos de indicadores y criterios para juzgar sobre su calidad. Así, en el ámbito de la calidad normativa, la guía metodológica estatal para la realización de impactos normativos nos ofrece una concisa exposición en sus anexos de los tipos de indicadores más frecuentes²⁶:

- Indicadores cuantitativos: son los que se refieren directamente a medidas en números o cantidades.
- Indicadores cualitativos: son los que se refieren a cualidades de la realidad. Se trata de aspectos que no son cuantificados directamente. Se refieren a opiniones, percepciones o juicios de parte de la gente sobre algo
- Indicadores positivos: son aquellos en los cuales, si su valor se incrementa, estarían indicando un avance en el cumplimiento de los objetivos propuestos.
- Indicadores negativos: son aquellos en los cuales, si su valor se incrementa, estarían indicando un retroceso en el cumplimiento de los objetivos propuestos.

En cuanto a su calidad, este documento señala que son criterios para conocer ésta:

- Relevancia: Los indicadores utilizados habrán de referirse a aspectos relevantes del ámbito que se pretende regular.
- Perdurabilidad: Los indicadores considerados deberán relacionarse con aspectos duraderos en el tiempo, aunque, obviamente, susceptibles de cambio.
- Fácil comprensión: Hay que tener en cuenta que la información que puedan proporcionar los indicadores habrá de ser tenida en consideración por personas no necesariamente especializadas con aspectos metodológicos y técnicos, por lo que los indicadores, al menos en su expresión, habrán de ser fácilmente comprensibles.

²³ Definido por la propia EU como “*an integrated IT tool for data mining and data enrichment that has been developed by the European Commission since 2009, aimed at supporting managing authorities and intermediate bodies in their administrative controls and management checks on European Regional Development Fund, Cohesion Fund and European Social Fund projects*”: *Arachne. Be distinctive*, EU, 2016.

²⁴ Definido como “an intelligence database storing all information about the 15 000 beneficiaries and 5 000 research projects funded by DG CNECT. PLUTO allows the relationships between the various entities contained in the systems (beneficiaries, projects, persons, telephones and addresses) to be analysed in a visual way. This analysis identifies risky areas in the contractual environment, facilitating auditing and investigative work. While auditors and investigators still need to demonstrate irregularities like fraud or corruption, PLUTO makes their task easier by locating the possible areas to look for these kinds of issues. It is based on the commercially available software iBase from i2 Inc. PLUTO is currently used by the European Commission for EU grants”, European Commission, *Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU*, 2013:

https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/identifying_reducing_corruption_in_public_procurement_en.pdf

²⁵ <http://www.redflags.eu/>

²⁶ GUÍA METODOLÓGICA PARA LA ELABORACIÓN DE LA MEMORIA DEL ANÁLISIS DE IMPACTO NORMATIVO, Administración del Estado:
http://www.minhfp.gob.es/AreasTematicas/Gobernanza/simplifica/guia_metodologica_ain.pdf

- Viabilidad: Deben ser accesibles, pensando en términos de tiempo, costes y experiencia para recolectar la información necesaria.
- Fiabilidad: Los indicadores tienen que ser consistentes, de modo que las fluctuaciones de sus resultados no dependan del mero azar.
- Validez: Los indicadores deben ser expresión real de aquello que se pretende medir.
- Reducido número de indicadores: Es recomendable utilizar un número reducido de indicadores, ya que, de lo contrario, su manejo resultaría muy complicado.
- Sistema Comprensivo: Sin estar reñido con lo anterior, los diversos indicadores utilizados deberán cubrir el mayor número de aspectos relacionados con el objeto y ámbito de aplicación de la norma, constituyendo un sistema comprensivo.

Diversas instituciones han señalado los más comunes indicadores que dan lugar a las *red flags* de riesgos de corrupción en el ámbito contractual, como es el caso del Banco Mundial (que detecta 10 fundamentales en el ámbito de la contratación²⁷) o del proyecto ya mencionado *Red Flags* (CERRILLO, 2017, 64)

5. SOBRE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA, LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA AUTOMATIZADA, EL *BIG DATA*, LOS ALGORITMOS Y EL APRENDIZAJE AUTOMÁTICO

El uso de tecnologías de la información para detectar los riesgos de corrupción por parte de las administraciones públicas lleva esta actividad al ámbito de la Administración electrónica, entendida como el proceso de incorporación de nuevas tecnologías de la información y la comunicación en la gestión administrativa con el fin de lograr una buena administración. Más concretamente, esta actividad se reconduce al ámbito de la actividad *administrativa automatizada* (MARTIN, 2009) que en el poder ejecutivo está regulada por los arts. 41 y 42 de la ley 40/2015, con carácter de bases del régimen jurídico de acuerdo con su DF. 14 y el art. 149.1.18 CE:

“Artículo 41. Actuación administrativa automatizada.

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

2. En caso de actuación administrativa automatizada *deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación.*

Artículo 42. Sistemas de firma para la actuación administrativa automatizada.

En el ejercicio de la competencia en la actuación administrativa automatizada, *cada Administración Pública podrá determinar los supuestos de utilización de los siguientes sistemas de firma electrónica:* a) Sello electrónico de Administración Pública, órgano, organismo público o entidad de derecho público, basado en certificado electrónico reconocido o cualificado que reúna los requisitos exigidos por la legislación de firma electrónica. b) Código seguro de verificación vinculado a la Administración Pública, órgano, organismo público o entidad de Derecho Público, en los términos y condiciones establecidos, permitiéndose en todo caso la

²⁷ Véase: http://siteresources.worldbank.org/INTDOII/Resources/Red_flags_reader_friendly.pdf

comprobación de la integridad del documento mediante el acceso a la sede electrónica correspondiente”.

Actividad administrativa automatizada que descansa en el *big data*, esto es, en el conjunto de tecnologías, algoritmos y sistemas empleados para recolectar datos masivos, caracterizados por las tres V (volumen, variedad y velocidad) y a la extracción de información de valor mediante sistemas analíticos avanzados soportados por computación en paralelo (AEPD, 2017). Este tipo de actividad ya se está empleando también fuera del ámbito de la prevención de la corrupción, como el caso de la oficina del alcalde de Nueva York (MODA) demuestra desde hace tiempo, efectuando, por ejemplo, análisis de riesgo de incendio de pisos para priorizar la actividad de los inspectores municipales²⁸.

La inteligencia artificial permite extraer de esas grandes masas de datos información relevante y, en lo que ahora nos importa, útil para identificar riesgos de corrupción. En este sentido, cabe señalar que la inteligencia artificial, que sólo cuenta con 60 años de antigüedad, siendo uno de sus padres Alan Turing, puede dividirse en débil y fuerte. La primera es la ciencia e ingeniería que permite diseñar y programar ordenadores de forma que realicen tareas que requieren inteligencia, siendo de tipo especializada, la que aquí nos interesa. Pero se habla también de inteligencia artificial fuerte, de carácter general, entendiéndola como la ciencia e ingeniería que permitiría replicar la inteligencia humana mediante máquinas, aunque existe un debate sobre si ello es posible (LÓPEZ DE MANTÁRAS Y MESSEGUER, 2017).

Usada ya abundantemente en el sector privado (Google, Netflix...) y empezando su trayectoria en el público (véase para EEUU, COGLIANESE y LEHR, 2017), en la misma tienen un destacado papel el *algoritmo*, entendido como un conjunto prescrito de instrucciones o reglas bien definidas, ordenadas y finitas que permiten llevar a cabo una actividad mediante pasos sucesivos que no generan dudas a quien deba hacer dicha actividad. Dados un estado inicial y una entrada, siguiendo los pasos sucesivos se lleva a un estado final y se obtiene una solución (SOLANO GADEA, 2017).

De entre los algoritmos, son los de aprendizaje automático (*machine learning*) los que suponen un salto cualitativo desde la definición vista pues éstos son fruto de complejas operaciones matemáticas, desarrolladas automáticamente que buscan correlaciones y patrones útiles y fiables, actuando como una *caja negra*: realizan inferencias inductivas a partir de datos construyendo automáticamente árboles de decisión.

Al lado de la utilidad evidente de la IA, diversos científicos e instituciones como el Parlamento europeo, en su resolución citada de marzo de 2017, han llamado la atención sobre sus peligros, basados en su falta de empatía e interacción social y en la posibilidad de *sesgos* discriminatorios de los mismos²⁹. Planea, además, la cuestión de la posible sustitución futura de empleados humanos por la inteligencia artificial, lo que no contribuye a que se la mira con simpatía desde diversos sectores, por más que esta hipotética posibilidad quede aún dilatada en el tiempo.

6. POSIBILIDADES Y LÍMITES: EL EJEMPLO DEL ANTEPROYECTO DE LEY VALENCIANA DE INSPECCIÓN GENERAL DE SERVICIOS Y DEL SISTEMA DE ALERTAS PARA LA PREVENCIÓN DE MALAS PRÁCTICAS EN LA ADMINISTRACIÓN DE LA GENERALITAT Y SU SECTOR PÚBLICO INSTRUMENTAL

²⁸ <http://www1.nyc.gov/site/analytics/index.page>

²⁹ Véase, por ejemplo, ALGORITHMIC JUSTICE LEAGUE, <https://www.ajlunited.org/> y ARTIFICIAL INTELLIGENCE NOW INSTITUTE <https://ainowinstitute.org/>

A la vista de todo lo expuesto, el uso de *big data* y de la inteligencia artificial para la detección de riesgos de corrupción puede ser muy útil para prevenir la lacra de la mala administración y la corrupción y aparece como una consecuencia lógica y necesaria de los principios constitucionales de buena administración (eficacia, eficiencia, economía...) y de la protección del derecho a una buena administración de los ciudadanos.

Por otro lado, la misma, como cualquier otra actividad administrativa, puede presentar, a su vez, riesgos de legalidad: será precisa una cobertura normativa suficiente para respetar el principio de legalidad; en su creación y mantenimiento será precisa una diligencia debida derivada de la obligación de buena administración, en el ejercicio de la discrecionalidad, tanto al crear los indicadores (proceso que tiene algo de *arte*, y que no puede considerarse una pura aplicación mecánica del ordenamiento jurídico totalmente reglada) y al generar los algoritmos y al tomar decisiones basados en éstos, será precisa una *motivación suficiente y adecuada* (NAVARRO GONZÁLEZ, 2017, 474 y ss.) de estas operaciones, evitando, obviamente, los sesgos discriminatorios, directos o indirectos, y respetando los derechos de los ciudadanos y la normativa de protección de datos en el manejo de las bases que alimentan el sistema (AEPD, 2017, COTINO, 2017), aspecto éste en el que no podemos detenernos ahora, pero que no presenta obstáculos jurídicos insalvables en relación con las técnicas que estamos describiendo.

En ese sentido, el anteproyecto de ley valenciana de inspección general de servicios y del sistema de alertas para la prevención de malas prácticas en la administración de la Generalitat y su sector público instrumental aparece como una muy interesante y pionera iniciativa³⁰.

El mismo regula una actividad administrativa material o técnica automatizada, dirigida a la prevención de “malas prácticas” e “irregularidades”, esto es, de una mala administración negligente o dolosa (corrupción), mediante la evaluación de riesgos (art. 21). Dicha actividad consiste en la investigación de factores de riesgo de mala administración. Todo ello en el seno de un sistema de alertas (art. 17), que integra bases de datos (art. 19) y un sistema lógico e informático de procesamiento de datos basado en algoritmos (art. 20), que dará lugar a mapas de evaluación de riesgos (art. 22, aprobados por la comisión interdepartamental aludida en el art. 12) y planes individuales de autoevaluación (art. 23, siendo esa misma comisión quien decidirá quienes deberán aprobar estos planes).

El sistema se hace descansar en la *Inspección General de Servicios* (IGS), que debe definir y establecer “parámetros e indicadores” (art. 3.1c) que serán, sin embargo, propuestos por cada unidad (art. 27.4). El personal de la IGS llevará a cabo sus tareas con la mayor diligencia posible (art. 4.5), garantizando los derechos de los ciudadanos (art. 4.3). Al ser el fulcro del sistema, la independencia de influencias políticas (y de presiones privadas) de la cúspide de la IGS deviene crucial.

Hubiera sido posible hacer responsable de la *public compliance* a otras instituciones, como la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción valenciana, cuya dirección cuenta con un importante ámbito de independencia³¹, aunque probablemente razones

³⁰ El texto del mismo con toda la documentación es consultable aquí: <http://www.transparencia.gva.es/anteproyecto-de-ley-de-la-generalitat-de-inspeccion-general-de-servicios-y-del-sistema-de-alertas-para-la-prevencion-de-malas-practicas-en-la-administracion-de-la-generalitat-y-su-sector-publico-instrumental>

³¹ LEY 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana:

“Artículo 26 Estatuto personal de la dirección de la agencia

1. La agencia estará dirigida por un director o directora, que ejercerá el cargo con plena independencia, inamovilidad y objetividad en el desarrollo de las funciones y en el ámbito de las competencias propias de la agencia, y actuará siempre con sometimiento pleno a la ley y al derecho. El director o directora tendrá la condición de autoridad pública y estará asimilado a un alto cargo con rango de director general.

pragmáticas, de personal y *expertise*, pueden hacer comprensible esta apuesta, que, en todo caso debería garantizar que la dirección de la IGS recaerá en un funcionario y que su nombramiento garantiza la competencia profesional y la imparcialidad y objetividad, sin las cuales no puede haber buena administración del sistema.

La tarea de la IGS consistirá en iniciar actuaciones de investigación si hay un *riesgo substancial* de mala administración (art. 30), detectado a partir de los indicios que genere el sistema (las banderas rojas), los cuales pueden ser no significativos (falso positivo, por *error*, o riesgo tolerable) o significativo (que siéndolo, sin embargo, puede dar lugar a constatar un riesgo no sustancial que no justifica la investigación, art. 31).

Estas investigaciones de la IGS serán finalizadas con un informe provisional de resultados, que, unido a las alegaciones del órgano directivo afectado, darán lugar al informe definitivo (art. 33), del que deberá darse publicidad activa en el Portal de Transparencia (art. 35.2).

Ese informe final de la IGS puede dar lugar a tres distintas posibilidades:

1. La constatación de una mala administración que puede corresponder a otros órganos (art. 35), entre ellos la fiscalía, en caso de posible delito (arts. 13 a 19), a quien se dará el oportuno traslado.

2. La constatación de muchas irregularidades o de un problema sistemático: lo que dará lugar a un plan de mejora por parte del órgano afectado, supervisado por la IGS, y si no hay diligencia se hará constar en el informe anual de la IGS al *Consell* (art. 9).

3. La constatación de posible *responsabilidad disciplinaria*, con propuesta de incoación de expediente al órgano competente. Sería conveniente aquí especificar que las alertas que generen un informe recomendando la incoación del procedimiento han de suponer la obligación del órgano competente para ello de comunicar a la IGS *motivadamente* la razón que le lleve a *no hacerlo* (siguiendo así la novedad que prevé el art. 62 de la Ley 39/2015 para los denunciadores en caso de posible daño patrimonial para la administración).

En este caso, las actividades inspectoras realizadas por la IGS en combinación con la inteligencia artificial que previamente ha hecho levantarse la bandera roja, constituyen, en nuestra opinión, *actuaciones previas* de las previstas en el art. 55 de la ley 39/2015. Entendemos que las mismas no presentan ningún problema desde un punto de vista legal, dado que dichas

-
2. El mandato del director o directora es de siete años desde la fecha de su elección por Les Corts y no será renovable.
 3. El director o directora es elegido por las Corts Valencianes entre los ciudadanos y ciudadanas mayores de edad que gocen del pleno uso de sus derechos civiles y políticos y que cumplan las condiciones de idoneidad, probidad y profesionalidad necesarias para ejercer el cargo. Deberán estar en posesión de título universitario superior que resulte idóneo para las funciones atribuidas y deberá contar con más de diez años de actividad laboral o profesional relacionada con el ámbito funcional de la agencia. Asimismo, deberán tener la vecindad administrativa de la Comunitat Valenciana.
 4. Las personas candidatas a ocupar el cargo serán propuestas a Les Corts por organizaciones sociales que trabajen en la actualidad contra el fraude y la corrupción en la Comunitat Valenciana y por los grupos parlamentarios. Las personas candidatas deberán comparecer ante la comisión parlamentaria correspondiente en el marco de una convocatoria pública al efecto para ser evaluadas con relación a las condiciones requeridas para el cargo. El acuerdo alcanzado en esta comisión será trasladado al Pleno de las Corts Valencianes.
 5. El director o directora será elegido por el Pleno de Les Corts por mayoría de tres quintas partes. Si no obtiene la mayoría requerida, se harán nuevas propuestas por el mismo procedimiento en el plazo máximo de un mes.
 6. El director o directora de la agencia, después de ser elegido por Les Corts, es nombrado por la persona que ostente la Presidencia de Les Corts y debe tomar posesión del cargo en el plazo de un mes desde la fecha de la publicación del nombramiento en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana”.

actuaciones previas son bien conocidas y aceptada su incorporación al expediente sancionador por el TC (STC 56/1998) y el TS (SSTS de 6 de mayo de 2011 y 2015, en relación con actas de inspección) siempre que sean *fiabiles* y no provoquen *indefensión*.

Así a la vista del sistema global, debe distinguirse esta actividad previa investigadora de la IGS, apoyada en *big data* e inteligencia artificial, de: a) Procedimiento disciplinario que pueda incoarse como consecuencia del resultado de dichas investigaciones, en el seno del cual podrá aportarse esa actividad previa. b) Procedimiento administrativo, en marcha o ya finalizado, sobre el cual se ejerce la investigación (sea contractual, de subvención, etc.), y que motiva la bandera roja, y c) Posible procedimiento sancionador que se tramite eventualmente como consecuencia de la comisión de infracciones previstas en el propio anteproyecto de ley, en el Título III, en el que se indica la posible sanción por no llevar a cabo las obligaciones de la ley relativas al sistema de alertas, aunque sea por *negligencia* (art. 41). Debe tenerse en cuenta que en este ámbito entendemos que rige una diligencia debida más exigente, especialmente cualificada, dada la profesionalidad de los implicados, pudiendo ser de inspiración la jurisprudencia del TS que ha considerado que los privados empresarios deben exhibir una prudencia especial para no cometer infracciones, dado que se está en el ámbito de su actividad profesional (STS de 8 de mayo de 1987). *Mutatis mutandis* eso es lo que ocurre con los profesionales del ámbito del sector público valenciano en relación al cumplimiento de las obligaciones que fija el anteproyecto.

En fin, cabe valorar muy positivamente la futura aprobación de un proyecto de ley sobre la materia. Su regulación es crucial que se vea desarrollada posteriormente para precisar el sistema y hacerlo operativo. Es importante, por supuesto, desarrollar la ley mediante el Código de Buenas Prácticas previsto en el art. 28 y la DA 2, así como generar mapas de riesgos y planes individuales (arts. 22 y 23), y puede ser muy recomendable generar protocolos que ayuden al manejo del sistema por parte de todos los implicados (art. 28).

La calidad de los datos que nutran el sistema, de los indicadores que se construyan y de los algoritmos que se generen es crucial para la buena administración del mismo. Respecto a los indicadores y algoritmos, aquí se recomienda optar por la máxima transparencia y motivación, tanto en el procedimiento de su elaboración, en la decisión final y en la publicidad de la misma (NAVARRO GONZÁLEZ, 2017, 474 y ss).

Finalmente, el anteproyecto de ley realiza diversas llamadas a la formación de los implicados en el sistema (art. 6, DT única), especialmente del personal de la IGS, llamada a ser el *compliance officer*, de acuerdo con el preámbulo, en la Generalitat Valenciana. Es este un punto que nos parece crucial, pues el manejo de un sistema sofisticado como éste ha de exigir una paralela especialización en prevención de la corrupción y buen gobierno y buena administración de los llamados a aplicarlo.

En todo caso, hay que tener en cuenta que el anteproyecto de ley en su tramitación deberá respetar los *principios de buena regulación* de los arts. 129 y ss. de la Ley 39/2015, y la necesaria evaluación *ex ante* deberá garantizar los mismos, cuyo cumplimiento habrá de quedar justificado en el preámbulo³². Y que en el procedimiento de elaboración del mismo habrá que analizar alternativas y descartarlas e intentar medir los costes y beneficios, de todo tipo, que la nueva regulación genere, para asegurarse que los segundos, ya descritos aquí, superan sin género de dudas a los primeros.

³² Artículo 129.

“Principios de buena regulación. 1. En el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios”

Esta es una exigencia final del repetidamente citado derecho a una buena administración, en este caso en el ámbito regulatorio (PONCE y CERRILLO, 2017), derecho y obligaciones correlativas que suponen un elemento imprescindible para lograr combatir la desafección de los ciudadanos, recuperar su confianza en las instituciones, potenciar la legitimación de éstas y avanzar hacia mayores cotas de bienestar social (OCDE, 2017).

7. BIBLIOGRAFÍA

- Acemoglu, D.; Robinson, J. (2012): *Why Nations Fail*, Crown Business, Nova York.
- Addink, G.H. (2014): “Three legal dimensions of good governance. Some recent developments”, en CASTRO, A., (Editor), *Buen gobierno y derechos humanos*, PUCP, Lima: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/publicaciones/buen-gobierno-y-derechos-humanos-nuevas-perspectivas-en-el-derecho-publico-para-fortalecer-la-legitimidad-democratica-de-la-administracion-publica-en-el-peru/>
- AEPD (2017): *Código de buenas prácticas en protección de datos para proyectos BIG DATA*. https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/2017/Guia_Big_Data_AEPD-ISMS_Forum.pdf
- Ávila Rodríguez, C.M. (2011): “La buena administración. ¿Objeto de protección o criterio de supervisión de la actividad administrativa para los defensores del pueblo”, a Ávila Rodríguez, C.M. y Gutiérrez Rodríguez, F. (Coords): *El derecho a una buena administración y la ética pública*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 131 i ss.
- Bernstein, J.H. (2015): “Transdisciplinarity: A review of its origins, development, and current issues.” *Journal of Research Practice*, 11(1). <http://jrp.icaap.org/index.php/jrp/article/view/510/412>
- Cassese, S. (2009): “Il diritto a la buona amministrazione”, *European Review of Public Law*, Vol. 21, nº 3, Tardor, pp. 1.037 y ss.
- Cejudo, G.; Sánchez, G.I.; Zabaleta, D. (2009): “El (casi inexistente) debate conceptual sobre la calidad del gobierno”, *Política y gobierno*, Vol. 16, nº 1, Gener: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1665-0372009000100004&script=sci_arttext
- Cerrillo, A. (2017): *Contractació oberta*, Generalitat de Catalunya.
- (2005): “La gobernanza hoy: introducción”, en CERRILLO, A (Coord), *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, INAP, Madrid. <http://eva.universidad.edu.uy/pluginfile.php/283571/course/section/30002/lectura1G.pdf>
- Coglianesse, C.; Lehr, D. (2017): “Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era”, ILE, Research Paper, nº 17-8. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2928293
- Cotino, L. (2017): “Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales”, *Dilemata*, 24, 2017. <http://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000104>
- García de Enterría, E. (1962): “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *Revista de Administración Pública*, 38, 1962, pp. 159 i ss.
- Generalitat de Catalunya (2005): *Informe sobre el Bon Govern i la Transparència*, disponible en: http://governacio.gencat.cat/web/.content/funcio_publica/documents/estudis/arxiu/doc_83851192_1.pdf
- Guinart, J.M. (2004): “Indicadors de gestió per a les entitats públiques”, en AAVV, *Indicadors de gestió a l'administració pública*, Generalitat de Catalunya.
- Heath, C.; Heath, D. (2013): *Decisive: How to Make Better Choices in Life and Work*, Random House. <http://heathbrothers.com/books/decisive/>
- Huang, P.H. (2015): “How Improving Decision-Making and Mindfulness Can Improve Legal Ethics and Professionalism”, 21 *J.L. Bus & Ethics* 35, pp. 35 i ss. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2474448

- Klitgaard, R. (1988): *Controlling Corruption*, Berkeley, University of California Press.
- López de Mantáras, R.; Messeguer, P. (2017): *Inteligencia artificial*, CSIC.
- Madison, J.; Hamilton, A.; Jay, J. (1788): *El Federalista. Recull de textos escrits a favor de la nova Constitució, segona l'ha acordada la Convenció Federal de 17 de setembre de 1787*, IEA, 2009. http://www.gencat.cat/drep/iea/pdfs/CF_Federalista.pdf
- Jiménez Benítez, W.G. (2007): “El enfoque de los derechos humanos y las políticas públicas”, *Univ. Sergio Arboleda. Bogotá (Colombia)* 7 (12): 31-46, gener-juny: http://www.e-sanitas.edu.co/Diplomados/VIH/Modulo%202/lecturas/1_Enfoque_de_DH_y_Politicasy_Publicas.pdf
- Mancilla i Muntada, F. (2014): *La recepció a Catalunya del dret a una bona administració. La governança i el bon govern*, IEA, disponible en: http://www.gencat.cat/governacio/pub/sum/iea/IEA_89.pdf
- Martin, I. /2009): “Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada”, *Revista de Administración Pública*, nº 180, 2009, págs. 353-386. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3209548>
- Martin Mateo, R. (1994): “El sistema administrativo clásico y su permeabilidad a los nuevos paradigmas de la calidad total”, *Revista de Administración Pública*, 134, <http://www.cepc.gob.es/eu/argitalpenak/aldizkariak/aldizkari elektronikokoak?IDR=1&IDN=132&IDA=23934>
- Merloni y Ponti (2017): “Fight Against Corruption in Italy”, en Cerrillo, A.; Ponce, J. (Coords): *Preventing Corruption and Promoting good Government and Public Integrity*, Bruylant, 2017. http://en.bruylant.larciergroup.com/titres/135168_2/preventing-corruption-and-promoting-good-government-and-public-integrity.html
- Navarro González, R.M. (2017): *La motivación de los actos administrativos*, Thompson Reuters Aranzadi.
- OCDE (1998): *L'Ètica en el servei públic. Pràctica i temes actuals*, EAPC-Diputació Barcelona, 1998:http://eapc.gencat.cat/ca/publicacions/coedicions/19_letica_en_el_servei_public_practica_i_temes_actuals
- (2013): *Principles for Transparency and Integrity in Lobbying*. <http://www.oecd.org/corruption/ethics/Lobbying-Brochure.pdf>
- (2010): *Public Administration after "New Public Management"*, Value for Money in Government, OECD Publishing, Paris. http://www.oecd-ilibrary.org/governance/public-administration-after-new-public-management_9789264086449-en
- (2017): *How better governances can help rebuild public trust* <http://www.oecd.org/governance/trust-and-public-policy-9789264268920-en.htm>
- Perry, J.L. (2012): “Whistleblowing, Organizational Performance and Organizational Control”, en G. Ferderickson (Ed.), *Ethics and Public Administration*, Sharpe, Nova York, 1993
- Pigem, J.: *La nova realitat*, Kairós.
- Ponce, J. (2001): *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova.
- (2012a): “La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local (con referencias al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno)” en Anuario del Gobierno Local, Fundación Democracia y Gobierno Local-IDP, 2013: http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1432/03_PONCE_p93_140_Anuario_2012.pdf?sequence=1
- (2012b): “El derecho a una buena administración: Derecho administrativo y lucha en pos de una buena gestión pública”, a Tornos Mas, J. (Coord.): *Comentarios a la ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de cataluña*, Iustel, Madrid.
- (2013): “Transparencia, innovación, buen gobierno y buena administración”, *Blog de la Revista Catalana de Dret Públic*, disponible en:

- <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2013/11/25/transparencia-innovacion-buen-gobierno-y-buena-administracion/>
- (2014a): “De la normativa *poc intelligent* a la millor regulació possible: Una qüestió de país crucial per al nostre desenvolupament”, *Escola Innovació*, EAPC, n° 31: http://eapc.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/butlletins_i_revistes/escola_innovacio_butlleti_de_la_funcio_directiva/2014/pdfs/ei31_art_ponce.pdf
- (2014b): “Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*: <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=GAPP&page=article&op=view&path%5B%5D=10176&path%5B%5D=10649>
- (2014c): “*Nudging*, simplificación procedimental y buen gobierno regulatorio: El Derecho Administrativo del siglo XXI y sus relaciones con las ciencias sociales”, comunicación presentada al IX congreso de la Asociación Española de Profesores de Derechos Administrativo, celebrado los días 7 y 8 de febrero de 2014 y publicada ahora en las Actas del mencionado congreso: http://regplus.blogspot.com/2011_05_01_archive.html
- (2014d): “La defensa dels drets dels ciutadans i de la bona administració en el exercici privat de funcions públiques: el paper dels ombudsmen en el marc d’una societat decent”, a *La prestació privada de serveis d’interès general i bones pràctiques corporatives*, Sindic de Greuges, Barcelona, 2014, pp. 39 i ss.
- (2016): “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración”, *REDA*, n° 175.
- (2017): “Los jueces, el derecho a una buena administración y las leyes de transparencia y buen gobiern”, en *Newsletter INAP*, 19 de enero de 2017: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507021>
- Ponce Solé, J.; Cerrillo, A. (2017): *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción*, INAP <https://www.libreriavirtuali.com/inicio/Innovaci%25C3%25B3n-en-el-%25C3%25A1mbito-del-buen-gobierno-regulatorio-ciencias-del-comportamiento-transparencia-y-prevenci%25C3%25B3n-de-la-corrupci%25C3%25B3n-p85337018>
- Radelli, C.; Fritsch, O. (2012): *Measuring Regulatory Performance*, OECD. http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2_Radaelli%20web.pdf, així com la pàgina web de l’OCDE: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/measuring-regulatory-performance.htm>
- Ranchordás, S. (2014): *Constitutional Sunsets And Experimental Legislation*, Edward Elgar: <http://www.elgaronline.com/view/9781783478941.xml>
- (2015): “Innovation-friendly regulation: The sunset of regulation, the sunrise of innovation”, *Jurimetrics*, Vol. 55, n° 2 (winter 2015) en prensa, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2544291
- Rothstein, B.; Teorell, J. (2008): “What Is Quality of Government? A Theory of Impartial Government Institutions” *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, Vol. 21, n° 2, pp. 165 I ss. http://www.gu.se/digitalAssets/1358/1358049_what-is-quality-of-government.pdf
- Solano Gadea, R. (2017): *Diccionario de términos y conceptos de la Administración Electrónica*, Ministerio de Hacienda y Función Pública.
- Transparency International España (2012): *Sistema de integridad nacional de España: Resumen Ejecutivo. El marco de integridad institucional en España. Situación actual y recomendaciones*.
- Villoria, M. (2002): *Ética pública y corrupción: curso de ética administrativa*, Tecnos.
- Weatherill, S. (Ed.) (2007): *Better Regulation*, Hart Publishing.

(*)La presentación del contenido de este artículo ha recibido financiación a través de la convocatoria pública de la Generalitat Valenciana (DOGV 8064, de 16-6-2017) relativa al Sistema de alertas rápidas en la lucha contra la corrupción.

El análisis que realiza se basa en la ponencia presentada en el marco del *Congreso sobre el Sistema de Alertas Rápidas para la prevención de la corrupción. Perspectiva jurídica, experiencias internacionales, análisis de riesgos, indicadores y malas prácticas*, que tuvo lugar el 13 de noviembre de 2017 en el Institut Valencià d'Art Modern (IVAM), organizado por organizado por Transparencia Internacional España junto con la Generalitat Valenciana.

Quiero agradecer la amable invitación a los organizadores, y especialmente al señor Alfons Puncel, subsecretario de la Conselleria de Transparencia, Responsabilidad Social, Participación y Cooperación, por su disponibilidad, amabilidad y conversaciones sobre el tema.

El presente estudio se desarrolla en el marco del proyecto de investigación DER2017-85595-R, con el título “Retos jurídicos del uso de datos masivos para el fomento de la innovación y la buena administración a través de la inteligencia artificial”, del que el autor es co-investigador principal.