

## Los actos administrativos unilaterales algorítmicos: una conceptualización necesaria para tiempos modernos\*

Algorithmic unilateral administrative acts: a necessary  
conceptualization for modern times

Recibido: noviembre 27 de 2019 - Evaluado: febrero 10 de 2020 - Aceptado: abril 14 de 2020

Jhon Steven Patiño Ávila\*\*  
Hugo Ernesto Guevara Zapata\*\*\*

### Para citar este artículo / To cite this article

Patiño Ávila, J. E., & Guevara Zapata, H. E. (2020). Los actos administrativos unilaterales algorítmicos: una conceptualización necesaria para tiempos modernos. *Revista Academia & Derecho*, 11(21), 155-188.

**Resumen:** La inminente modernización de la acción pública lleva consigo el cuestionamiento de las teorías clásicas de las bases del derecho público, esto es, de la teoría general del acto administrativo. De esta manera, con la llegada de la era de los algoritmos - cada vez más inteligentes - se hace necesario formular una propuesta de conceptualización de los actos administrativos unilaterales que incluyan, adapten o conviertan la teoría tradicional del acto administrativo. En consecuencia, se postularía la categoría de acto administrativo algorítmico, que además de cumplir el reto de modernización, llevarían consigo las maravillas de la celeridad, la eficacia, y reducción notable del costo de las actuaciones

---

\* Artículo inédito, artículo de investigación e innovación. Artículo de investigación y reflexión jurídica.

\*\* Abogado de la Universidad Libre de Colombia, seccional Cúcuta, Especialista en Derecho público, y Magíster en Derecho de la Acción pública, de la Université de Poitiers, Francia. Asesor jurídico externo de la Gobernación de Norte de Santander. Correo electrónico: stevenpatinoavila@gmail.com

\*\*\* Abogado de la Universidad Libre de Colombia, seccional Pereira, Especialista en Derecho público, Magíster en Derecho Contencioso Internacional de la Université de Poitiers, Francia; Magíster en Derecho Administrativo y de acción pública de la Université de Poitiers, Francia; Doctorando en Derecho público de la Université de Poitiers, Francia. Profesor investigador en Derecho público de la Universidad del Norte, Barranquilla. Correo electrónico: heguevara@uninorte.edu.co

administrativas. Este planteamiento del acto administrativo algorítmico se realiza dentro de conceptualización necesaria del acto administrativo para los tiempos modernos.

**Palabras clave:** Actos administrativos unilaterales, algoritmos, modernización de la acción pública, elementos esenciales del acto administrativo, inteligencia artificial, voluntad de la administración.

**Abstract:** imminent modernization of public action brings with it the questioning of the classical theories of the bases of public law, that is, of the general theory of the administrative act. Thus, with the advent of the era of algorithms -more and more intelligent- it becomes necessary to formulate a proposal for the conceptualization of unilateral administrative acts that include, adapt or convert the traditional theory of the administrative act. Consequently, the category of algorithmic administrative act would be postulated, which, in addition to meeting the challenge of modernization, would bring with it the wonders of speed, efficiency, and significant reduction of the cost of administrative actions. This approach of the algorithmic administrative act is carried out within the necessary conceptualization of the administrative act for modern times.

**Key words:** Unilateral administrative acts, algorithms, modernization of public action, essential elements of the administrative act, artificial intelligence, administration's willingness.

**Resumo:** A iminente modernização da ação pública traz consigo o questionamento das teorias clássicas das bases do direito público, ou seja, da teoria geral do ato administrativo. Desse modo, com a chegada da era dos algoritmos - cada vez mais inteligentes - é necessário formular uma proposta de conceituação de atos administrativos unilaterais que incluam, adaptem ou convertam a teoria tradicional do ato administrativo. Consequentemente, seria postulada a categoria de ato administrativo algorítmico, que além de atender ao desafio da modernização, carregaria consigo as maravilhas da rapidez, eficiência e notável redução do custo das ações administrativas. Essa abordagem do ato administrativo algorítmico é realizada dentro da necessária conceituação do ato administrativo para os tempos modernos.

**Palavras Chave:** Atos administrativos unilaterais, algoritmos, modernização da ação pública, elementos essenciais do ato administrativo, inteligência artificial, vontade da administração.

**Résumé:** La modernisation imminente de l'action publique entraîne la remise en cause des théories classiques du droit public, et notamment de la théorie générale de l'acte administratif. Ainsi, avec l'arrivée de l'ère des algorithmes - de plus en plus intelligents - il devient nécessaire de formuler une proposition de conceptualisation des actes administratifs unilatéraux qui incluent, adaptent ou convertissent la théorie traditionnelle de l'acte administratif. En conséquence, la catégorie d'acte administratif algorithmique serait postulée, ce qui, en plus de relever le défi de la modernisation, apporterait les merveilles de la rapidité, de l'efficacité et de la réduction significative des coûts des actions administratives. Cette approche de l'acte administratif algorithmique est réalisée dans le cadre de la conceptualisation nécessaire de l'acte administratif pour les temps modernes.

**Mots-clés:** Actes administratifs unilatéraux, algorithmes, modernisation de l'action publique, éléments essentiels de l'acte administratif, intelligence artificielle, la volonté de l'administration.

SUMARIO: Introducción. - Problema de investigación. - Metodología. - Esquema de resolución del problema jurídico. - Plan de redacción. - I. Las dificultades materiales de la conceptualización de los actos administrativos unilaterales algorítmicos - A. La construcción jurídica de los elementos del Acto administrativo algorítmico - B. Materialización de la teoría general del Acto Administrativo en la modernidad: El acto administrativo algorítmico - II. La cuestión de la voluntad como eje central en la puesta en marcha del Acto Administrativo Unilateral algorítmico. A. La discusión necesaria sobre la competencia reglada y el poder discrecional en el margen de maniobra de la expedición de AAU algorítmicos. B. La intrascendente reestructuración de la teoría de la declaración de la voluntad para la expedición de AAU algorítmicos. Conclusiones. Referencias

## Introducción

La actividad de la administración, como cualquier otro tipo de actividad humana, contiene dos vías, una de carácter decisorial, y otra de carácter operacional. En definitiva, la expedición de actos administrativos unilaterales (En adelante AAU), no es una excepción, sino más bien, la prueba perfecta de esta teoría.

Durante siglos, doctrinantes y pensadores del derecho público general (Tanto aquellos de la teoría clásica francesa y alemana, como aquellos del orden nacional) han clasificado los actos de la administración desde diferentes puntos de vista: Condicionados, subjetivos, reglamentarios, funcionales, entre un sin número de clasificaciones extras derivadas de sus vertientes y contenido. No obstante, el elemento orgánico de tal producción nunca fue discutido.

De esta manera, un acto administrativo era (y sigue siendo) un acto expedido por una autoridad pública competente para ello (o una persona privada en el ejercicio de funciones públicas). Situación que podría redefinir el axioma. Así, un AAU resulta aquel acto expedido materialmente en ejercicio de las prerrogativas de la función pública, y cuyo contenido y objeto está dirigido al ejercicio mismo del derecho público (*Compagnie Air France vs. époux Barbier*, 1968).

No obstante, los avances tecnológicos a la fecha y las evoluciones jurídicas del derecho privado hacen más que necesaria una modernización de la acción pública, hablando claramente de los procedimientos administrativos electrónicos, y el uso de máquinas e inteligencia artificial para la ayuda en la toma de decisiones. Es inevitable que los procedimientos administrativos electrónicos planteen dificultades que los procedimientos *en papel no plantean*, en particular los problemas técnicos

a la hora de llevar a cabo el procedimiento y que pueden afectar a los derechos de los ciudadanos. A pesar de esto, la relación ventaja-desventaja inclina la balanza notablemente al uso de esta herramienta.

Esta equivalencia debe ser ampliamente comprendida, y se refiere tanto a la validez y al valor del documento desmaterializado como a sus efectos jurídicos y al régimen que le es aplicable (Hamant, 2006). Sin embargo, la desmaterialización debe tener en cuenta cuestiones específicas, por lo que no sería necesaria una transposición completa de los textos. Por esta razón, sería necesario definir la noción de los elementos que pueden formar parte de la administración electrónica, con el fin de reconocer, posteriormente, su alcance en el sentido del derecho *de la administración electrónica* (Patiño Ávila, 2019).

En cuanto a los actos administrativos de la administración electrónica, no se trata sólo de actos escritos o electrónicos, como hemos visto anteriormente, sino también de actos administrativos algorítmicos. Los algoritmos permiten automatizar y homogeneizar determinados servicios, y procedimientos con el fin de facilitar las relaciones entre la Administración y las personas naturales y jurídicas (Bourcier & Primavera de Filippi, 2018).

Por poner un ejemplo, los algoritmos pueden desempeñar un papel importante en la lucha contra el fraude fiscal, en donde las tecnologías digitales que cruzan varias docenas de indicadores pueden reconstruir virtualmente los importes gastados y conciliarlos con los importes notificados en línea; o, por ejemplo, en la lucha contra el terrorismo, en donde una masa enorme de datos podría ser tratada en pocos segundos, alertando y haciendo emerger respuestas administrativas eficaces. Así, se comprometieron a usar algoritmos gradualmente en la Administración, es decir, a dotarla de algoritmos y a hacer que la gestión y las decisiones públicas dependan cada vez más de ellos.

“La objetividad y el rigor de los algoritmos pueden llevar a las personas a preferir a éstos sobre a los humanos, cuyas acciones a veces parecen mucho más aleatorias e impredecibles” (Bourcier & Primavera de Filippi, 2018). La doctrina considera que la gobernanza algorítmica prosperará en una variedad de áreas en las que las administraciones se ven impulsadas a tomar decisiones sobre contextos multifactoriales y en las que los criterios de toma de decisiones tienen dificultades para ir más allá de un cierto grado de precisión.

Las ventajas de la desmaterialización están representadas en varias etapas, en particular las de reducir los costos de impresión, y el envío, la aceleración de los intercambios ya que los actos administrativos se hacen exigibles sin esperar varios días (Mattret, 2014). No obstante, antes de adentrar de fondo al mundo digital, existen varios problemas de conceptualización cuya claridad es indispensable. “La

digitalización y algoritmización de los servicios está cambiando profundamente la relación entre la Administración y el ciudadano. Incluso es el Estado el que está cambiando de cara” (Bourcier & Primavera de Filippi, 2018). Los algoritmos son especialmente importantes cuando es necesario gestionar grandes cantidades de datos e integrar múltiples factores. En definitiva, la aplicación de la teoría general del acto administrativo concebida a finales del siglo XIX, parece inadaptable cuando hablamos de administración digital o uso de inteligencia artificial en la toma de decisiones públicas, no obstante, hemos llegado al futuro que tanto se ha postergado, y su confrontación es inevitable.

Uno de los problemas principales de la conceptualización de los algoritmos en la producción de AAU es la característica de los algoritmos contemporáneos, que no operan según una lógica causal y determinista, sino según una lógica de correlaciones estadísticas y una lógica probabilística. Así, en su funcionamiento, *“las correlaciones estadísticas ya no van de causa a consecuencia, sino que vuelven de las consecuencias a una estimación de las causas probables”* (Cardon, 2015). Este cambio de paradigma interrumpe la identificación de la ilegalidad clásica, ya que las condiciones convencionales no son apropiadas para su determinación, razón por la cual la posibilidad de tomar decisiones administrativas algorítmicas ha sido ampliamente discutida dentro de los poderes reglamentarios y legislativos del mundo, en especial, del continente europeo. No sólo los jueces no serán generalmente más expertos que el ciudadano promedio en la comprensión de los algoritmos, sino que existe una preocupación en las técnicas que suelen utilizarse para controlar la motivación de los actos administrativos y su relación con los algoritmos, llegando a perder su eficacia actual (Pauliat, 2018).

A pesar de lo anterior, la discusión en el contexto colombiano parece estar mucho más atrasada, ya que las dificultades materiales las tenemos particularmente en la conceptualización misma del acto administrativo, y en la validez que podría tener un AAU algorítmico a la luz de la norma y doctrina moderna. Se ha confundido notablemente la producción de AAU algorítmicos con la producción de actos administrativos electrónicos, los cuales no contienen nada más de digital que su propia comunicación (Ejemplo de esto, el mensaje de datos), pero que esencialmente no configuran una ruptura en la idea del antropocentrismo de la administración. Es necesario trazar esta diferencia notable, ya que los AAU algorítmicos además de ser electrónicos, son producidos en sí mismo, por un sistema (Puede llamarse máquina, método electrónico, etc.) configurado a través de un código fuente que se ejecuta para resolver un problema de instrucciones definidas, ordenadas y finitas.

Por esta razón, el traslado de esa parte fundamental dentro de los elementos esenciales del acto administrativo, como lo es, el elemento orgánico, y más específicamente, el rol de la voluntad de la administración resulta el eje transversal

de esta discusión. ¿Estamos preparados para reconocer que una máquina puede representar aquella idea revolucionaria de la Administración Pública independiente? Parece ser que el tiempo nos obliga a responder de inmediato, y el exceso de datos que rodea a la administración y sus miembros se multiplican cada día, por lo que la respuesta a esta pregunta es que, a pesar de no estar preparados, el reconocimiento es necesario e inevitable.

## **Problema de investigación**

En la presente investigación, y ante la necesidad de afrontar lo inevitable, se pretende dar respuesta al siguiente interrogante:

¿De qué manera podría aplicarse la teoría general del acto administrativo en la conceptualización de los nuevos actos administrativos unilaterales algorítmicos?

## **Metodología**

El presente artículo científico es de tipo jurídico, y contiene el uso de metodología francesa de disertación, y es producto de una investigación de derecho comparado, tendientes a dar respuesta al problema jurídico planteado al formular una propuesta de conceptualización de los actos administrativos unilaterales algorítmicos. El cumplimiento de este objetivo se da al identificar las dificultades materiales de la conceptualización de los AAU algorítmicos, para luego establecer la cuestión de la voluntad como eje central en la puesta en marcha del AAU algorítmico

## **Esquema de resolución del problema Jurídico**

Para dar desarrollo a la anterior metodología se plantea el siguiente esquema de resolución del problema jurídico. En primer lugar, se identificarán las dificultades materiales de la conceptualización de los actos administrativos unilaterales algorítmicos (I), a través de una construcción jurídica de los elementos del Acto administrativo algorítmico (A), para luego hablar de la materialización de la teoría general del Acto Administrativo en la modernidad: El acto administrativo algorítmico (B). Posterior a esto, se establecerá la cuestión de la voluntad como eje central en la puesta en marcha del Acto Administrativo Unilateral algorítmico (II), a través de una discusión necesaria sobre la competencia reglada y el poder discrecional en el margen de maniobra de la expedición de AAU algorítmicos (A), y de la intrascendente reestructuración de la teoría de la declaración de la voluntad para la expedición de AAU algorítmicos (B).

## Plan de Redacción

### 1. Las dificultades materiales de la conceptualización de los actos administrativos unilaterales algorítmicos

La conceptualización<sup>1</sup> de los actos administrativos en Colombia requiere de una aproximación doctrinal más que legal. Para precisar este punto, en materia legal, la ley 1437 de 2011 dispone la conceptualización bastante general de un acto administrativo disponiendo que “son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación” (Ley 1437, 2011), artículo 43.

Resulta bastante complicado realizar una aproximación conceptual de un acto administrativo algorítmico, únicamente a través de la ley, por lo que se hace necesario entrar a determinar, en un primer acápite, lo que se concibe por acto administrativo y su adecuación doctrinal y normativa. Por consiguiente, para encontrar una definición que desarrolle los elementos del acto o, incluso, que establezca una definición inequívoca (Díaz, 2019) del acto, es necesario el estado y el desarrollo de los elementos esenciales (también llamados requisitos de validez) del acto administrativo en Colombia. Para ello, la formulación de una conceptualización del acto administrativo algorítmico requiere establecer, de manera general, cuáles son los elementos que requiere ese acto administrativo para que cobre firmeza y produzca efectos jurídicos en la realidad.

En un segundo acápite, es indispensable abordar la adecuación conceptual del acto administrativo frente al acto administrativo algorítmico. Este desarrollo permitirá plantear una alternativa de respuesta sobre la inquietud de saber si es necesario reformular la teoría del acto administrativo o, por el contrario, partiendo de los elementos esenciales tradicionales del acto, es posible presentar y adecuar el acto administrativo algorítmico como una manifestación de la voluntad de la administración a través de la competencia otorgada a un dispositivo electrónico capaz de producir actos administrativos en nombre de ésta.

#### A. La construcción jurídica de los elementos del Acto administrativo algorítmico

Para abordar la construcción de los elementos, es necesario replantear la discusión frente a la concepción de una definición inequívoca del acto administrativo. En este

<sup>1</sup> Acción de conceptualizar. “Reducir algo a un concepto o representación mental”. Real Academia de la Lengua española. Consultado en: <https://dle.rae.es/conceptualizar>



sentido, un aporte para determinar esta definición ha sido desarrollado por dos de los tres órganos jurisdiccionales de cierre de Colombia: Corte Constitucional y el Consejo de Estado colombiano.

Conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

El acto administrativo, constituye el modo de actuación jurídica ordinaria de la administración, y se manifiesta a través de las declaraciones unilaterales, creadoras de situaciones jurídicas generales, objetivas y abstractas, o subjetivos particulares y concretas que reconocen derechos o imponen obligaciones a los administrados. (Sentencia C-487, 1996).

Conforme a esta definición perfeccionada por la Corte Constitucional en sentencias con un desarrollo más reciente sobre la misma línea argumentativa, el profesor (Díaz, 2019), realiza una crítica pertinente para este estudio disponiendo que en la jurisprudencia de la Corte Constitucional no existe un concepto claro y unívoco de acto administrativo<sup>2</sup>. Del mismo modo, el Consejo de Estado ha precisado que el acto administrativo es “toda manifestación unilateral, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos” (Sentencia Controversia Contractual 57394, 2017), definición trasladada por el magistrado a la definición brindada por este mismo autor en su libro *Tratado de Derecho Administrativo*” (Santofimio Botero, 1998), plantea la concepción abstracta de la definición del acto administrativo.

En consecuencia, se hace necesario revisar la doctrina colombiana frente a la conceptualización del acto administrativo, así como los elementos o requisitos de validez que este requiere para producir efectos jurídicos. En ese orden de ideas, para el profesor Penagos: “un acto administrativo es la manifestación de la voluntad administrativa, a través de cualquier rama del poder público o de los particulares, que tiene por finalidad crear, modificar o extinguir una situación jurídica” (Penagos, 1996).

El profesor Berrocal lo concibe como “toda declaración de voluntad, juicio, cognición o deseo que se profiere de manera unilateral, en ejercicio de la función administrativa y produce efectos jurídicos directos o definitivos” (Berrocal, 2015).

<sup>2</sup> En un análisis exhaustivo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el profesor Díaz precisa que: “Lo primero, porque, como se advierte, las nociones citadas no permiten comprender en forma diáfana la noción, con todo su alcance. En otras palabras, no queda claro si para que un acto de la Administración pueda considerarse acto administrativo debe ser una declaración o manifestación solo de voluntad (dado que, en algunas sentencias, la Corte también admite las declaraciones de conocimiento o de deseo). A su vez, tampoco se sabe certeramente si los actos de trámite son para la Corte actos administrativos y en qué casos los conceptos adquieren tal categoría”.



Frente a estas definiciones, y otras más brindadas por la doctrina colombiana en materia de derecho administrativo, una aproximación a una definición inequívoca de acto administrativo sería toda manifestación unilateral de voluntad de la administración <sup>3</sup> a partir de quienes ejercen funciones administrativas, es decir sujetos públicos o privados autorizados a ejercer funciones públicas, transformada a través de un procedimiento en una decisión tendiente a la producción de efectos jurídicos.

Partiendo de dicha definición, resulta necesario abordar los elementos esenciales o requisitos de validez del acto administrativo. Diferentes autores como Luis Enrique Berrocal, Libardo Rodríguez, Jaime Vidal Perdomo, entre otros, desarrollan su estructura a partir del sujeto (órgano), declaración, objeto, motivo, formalidades y finalidad. Sin embargo, esta estructura del acto administrativo colombiano, conforme a la doctrina, parte de unos postulados tradicionales franceses que ya, en dicho Estado, se han modernizado. Las nuevas tecnologías avanzan a pasos extraordinarios y el ordenamiento jurídico no puede quedarse relegado ante los aportes que brindan, de forma innovadora, estas tecnologías.

Partiendo de estos elementos, ¿Cómo sería posible introducir entonces, el concepto de acto administrativo algorítmico? Frente a esta situación, más allá de redefinir o crear unos nuevos elementos para el acto administrativo algorítmico, se parte de la premisa que la estructura de este acto se puede articular a los elementos tradicionales de un acto administrativo. Esto permitiría modernizar, así como extender y acoplar, el derecho administrativo tradicional (en lo referente a los elementos del acto administrativo) sin la imposición de reformar o reconstituir los elementos del acto administrativo colombiano.

El punto de partida sería establecer quienes son los sujetos que intervienen en el acto administrativo. Por un lado, estaría el sujeto activo quien es “el emisor o productor del acto administrativo” (Berrocal, 2015). Frente a esta situación, se entraría a establecer que, conforme a los criterios<sup>4</sup> subjetivos y objetivos expuestos

<sup>3</sup> De las definiciones que exponen autores como los profesores Montaña, Santofimio y Rodríguez, es posible concluir que la administración pública es aquel conjunto de órganos estructurados, y determinados por la Constitución y la ley, compuestos principalmente –pero no de forma exclusiva– de la rama ejecutiva, que realizan múltiples actividades (reglamentación, servicios públicos, convivencia, entre otros) que persiguen el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, el interés público y el debido cumplimiento de las normas internacionales, constitucionales, legales y la jurisprudencia.

<sup>4</sup> El profesor Montaña Plata establece que para determinar un régimen de derecho administrativo es necesario determinar el criterio. El establece tres criterios que son el criterio subjetivo (donde la aplicación del régimen de derecho administrativo está ligada a que la autoridad u órgano emisor de actos pertenece a la rama ejecutiva), el criterio objetivo (donde se identifica a la autoridad u órgano por tener prerrogativas públicas) y, finalmente el criterio teleológico que caracteriza a la autoridad por ejercer fines como los

por los profesores Alberto Montaña Plata y Miriam Mabel Ivanega, el sujeto emisor del acto administrativo sería siempre la administración. Subsecuente a ello, el sujeto pasivo es sobre quien recae los efectos jurídicos del acto administrativo pudiendo ser la comunidad o los particulares.

Dentro de la concepción tradicional<sup>5</sup> del derecho administrativo colombiano, la administración resultaría el sujeto activo, quien es “el órgano válidamente constituido y con competencia [...]” (Rivero & Arenas, 2018) o “por regla general, el depositario de la competencia necesaria para crear el acto administrativo [...]” (Santofimio J. , 2017). En ese orden de ideas, la administración, para emitir el acto administrativo, requiere de una competencia para ejercer las funciones conferidas por la Constitución política, la ley, o por la potestad reglamentaria (Constitución Política de Colombia, 1991); a un funcionario o un particular autorizada para ejercer funciones públicas respetando el orden público (Rodríguez, 2017), territorial y temporal. Para el profesor Berrocal, “la competencia corresponde al ámbito de la validez del acto, es decir, de sus requisitos de validez o legalidad” (Berrocal, 2015). Es importante mencionar la necesidad de la preexistencia de las normas que confieren dicha competencia a la autoridad para emitir el acto administrativo (Santofimio J. , 2017).

Por otra parte, desde una visión más general, en lo que concierne a la declaración de la voluntad, el profesor Gordillo, precisa que se trata “del proceso objetivo a través del cual uno o varios individuos humanos producen o aportan las partes intelectivas de una declaración realizada en ejercicio de la función administrativa (Gordillo, 1998). La “voluntad” administrativa es pues el concurso de elementos subjetivos (los individuos que actúan) y objetivos. (El proceso en que actúan, y las partes intelectuales –eidéticas– que aportan a la declaración.)”. Por otra parte, en Colombia, doctrinantes como el profesor Santofimio precisa que “los sujetos activos del acto administrativo son simples intérpretes de la voluntad potencial expuesta en la norma positiva” (Santofimio J. , 2017).

Frente al objeto del acto y el contenido de éste, el profesor (Berrocal, 2015) precisa que éste “corresponde al contenido del acto, al asunto de que trata y sobre

---

servicios públicos (Montaña, 2010). En el contexto argentino, La profesora Miriam Ivanega estudia el órgano administrativo a través de exponentes como Gierke y Merk donde el criterio objetivo “instituye al órgano como centro de competencias, atribuciones, independiente de las físicas” y criterio subjetivo que es quien “corresponde exclusivamente a la persona física que ejerce las funciones estatales o el órgano “que se mantienen con fondos centrales o generales de la organización” (Ivanega, 2018)

<sup>5</sup> En derecho administrativo colombiano, múltiples doctrinantes como Santofimio Gamboa, Rodríguez, Vidal Perdomo, Berrocal Guerrero, Rivero Ortega y Arenas Monsalve H., entre otros, establecen a la administración como sujeto activo quien emite el acto administrativo.

el cual recae la declaración. Dicho de otra manera, es lo que se enuncia, dispone o resuelve en la declaración, sea la voluntad, de deseo, de juicio o de conocimiento”. Por otro lado, el profesor (Santofimio J. , 2017), precisa una definición sobre el elemento sobre lo que recae el objeto. De acuerdo a este profesor el objeto del acto administrativo “consiste en todo aquello en lo que incide la voluntad y constituye un elemento determinado interiormente, en el llamado contenido del acto, pero materializado fuera de él [...] El objeto está constituido por todo aquello de que se ocupada el acto administrativo jurídicamente”.

Continuando con los elementos esenciales, para identificar la motivación del acto administrativo, Rodríguez hace “referencia a los fundamentos fácticos y jurídicos tenidos en cuenta por la autoridad para la expedición del acto, es decir, las normas jurídicas y los hechos objetivos, anteriores y exteriores al acto cuya existencia lleva al autor a dictarlo” (Rodríguez, 2017). Conforme a este planteamiento, el acto administrativo requiere que se sustente las condiciones de hecho y de derecho que dan apoyo y sustento al acto. El error, la ausencia, o la influencia de un interés particular más allá del interés público en esta parte considerativa del acto daría lugar a un vicio en la nulidad del acto (Riascos, 2015). Respecto a la finalidad, “corresponde al propósito o resultado que busca la autoridad con la emisión del acto administrativo” (Rodríguez, 2017). Para, Berrocal es el propósito o el resultado que busca con los efectos o las situaciones jurídicas del acto administrativo expedido en cada caso. Es el efecto jurídico que se busca sobre el valor jurídico que se requiere para proteger o realizar (Berrocal, 2015).

Por último, dentro de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra las formalidades que “son los requisitos de procedimiento y de forma necesarios para dictar el acto, los cuales pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores al mismo” (Rodríguez, 2017). Sin embargo, el profesor (Santofimio J. , 2017) hace alusión a que las formalidades integran tres elementos que son el procedimiento, la forma y formalidad. El primer elemento está ligado a las “vías de producción del acto [y] los trámites legales para llegar al acto”, el segundo está relacionado a la manera “en que la voluntad se manifiesta para dar vida al acto administrativo, y con el tercero definen el conjunto de requisitos en que han de observarse para dictar el acto administrativo”.

Teniendo claro el concepto de acto administrativo y sus elementos esenciales, se hace pertinente señalar que los actos administrativos pueden configurarse a partir de la actuación de la administración la cual puede ser discrecional o reglada. En el primer caso, el funcionario competente posee cierta libertad de configuración del acto administrativo mientras que, en el acto administrativo reglado, el funcionario debe ceñirse expresamente a lo que establece la constitución y los reglamentos sin tener una libertad de configuración frente éste. Conforme a esta

configuración, el profesor (Güechá Medina, 2015) plantea el siguiente interrogante: “¿Las actuaciones de la administración pública, son la expresión de la voluntad de la administración, en ejercicio de potestades discrecionales, que determinan la noción de acto administrativo?”. Frente a este interrogante, el profesor resuelve que el acto administrativo cumple con un ritualismo dispuesto en la ley. Eso quiere decir que, incluso dentro de la posibilidad de una actuación discrecional o donde el funcionario público posee más libertad de configuración respecto a la formulación de la decisión en nombre de la administración, la administración “debe actuar de acuerdo con las reglas de derecho que han sido previamente establecidas, sin que exista la posibilidad de apartarse de las mismas, porque, además de configurarse el error de derecho por violación directa de la ley, se configura una expedición irregular del acto que de igual forma lo invalida, circunstancias que muestran la inexistencia de discrecionalidad en las actuaciones de las administraciones públicas, pues se refleja un estricto sometimiento a la normativa que contiene expresas ritualidades para la expresión de voluntad”.

Empero, ¿se afectaría la validez y la eficacia de un acto administrativo si la administración emite un acto administrativo por medio de un algoritmo? Para responder esta inquietud, los profesores Sánchez, Ibáñez y Cabanzo frente al acto administrativo electrónico, que:

La teoría general sobre el procedimiento administrativo y los actos de la administración por medio de los cuales se crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas ha sido concebido tradicionalmente desde dos pilares fundamentales: la validez y la eficacia. Sin embargo, con el uso de las nuevas tecnologías como medio de comunicación entre ambos sujetos de derecho, surge el interrogante acerca de la habilidad que dicho calan representa para conservar las categorías y conceptos que imperativamente señalan las normas administrativas como instituciones del derecho administrativo (Sánchez, Ibáñez, & Cabanzo, 2010).

Para analizar la forma como se traslada la teoría general del acto administrativo ante los avances tecnológicos que se presentan en la actualidad, es necesario plantear como ha impactado dichos avances en el procedimiento y emisión de los actos administrativos. Para ello, se expondrá el caso de la República francesa en la cual los algoritmos son una herramienta que toma un papel preponderante, cada vez más, en la emisión de actos administrativos por parte de la administración. De manera subsecuente, es necesario identificar y distinguir los actos administrativos algorítmicos de los actos administrativos electrónicos los cuales, de manera frecuente, se prestan para confusión. Finalmente se encuadrará los elementos del ato administrativo electrónico frente a la teoría del acto administrativo para precisar que con este planteamiento no se hace necesario una reforma a esta teoría

sino, más bien, una adecuación y configuración normativa que permita implantar la utilización de los actos administrativos algorítmicos en Colombia.

## **B. Materialización de la teoría general del Acto Administrativo en la modernidad: El acto administrativo algorítmico**

En Europa, si bien la voluntad es un denominador común de todos los actos administrativos unilaterales, desde el momento en que se toman ciertas decisiones administrativas utilizando algoritmos, la cuestión que se plantea es si la voluntad sigue siendo el elemento. Para identificar la puesta en práctica de los algoritmos, es necesario identificar que existen dos categorías de algoritmos.

Por un lado, tenemos al algoritmo clásico, que puede responder a una pregunta simple. Formaliza una forma de proceder, traduce una serie de acciones para alcanzar un resultado. Por lo tanto, consiste en traducir una actividad mental en un cálculo sencillo. El ejemplo clásico para explicar este tipo de algoritmos es el de la *receta*, cuando traducimos las instrucciones en unas decisiones incondicionales. Estas instrucciones permiten bifurcaciones si ocurren ciertos eventos (Ej. Si no hay más mantequilla, tomar margarina). Por otro lado, el algoritmo está construido sobre el bucle que permite programar una acción sin escribirla 50 veces. Tercero, las variables, que permiten memorizar las operaciones para evitar que se cambien las instrucciones en cada cambio. En esta etapa, es cognoscible cómo se usaba el algoritmo porque programamos la máquina.

Sin embargo, muchas de las operaciones de la administración presuponen la reflexión personal y las elecciones de conciencia. Por otro lado, los algoritmos de aprendizaje (*Depp Learning*) que se utilizan para explorar los datos personales de los ciudadanos. Esto se basa en dos cosas, primero, en la exploración de datos personales, y, segundo, el aprendizaje desplegado del algoritmo sobre las personas. En Francia, por ejemplo, se utiliza para vigilar las amenazas terroristas. Del mismo modo, uno de los mayores usuarios los algoritmos de aprendizaje es la administración tributaria, donde hay una célula de expertos para crear algoritmos para ayudar a la administración tributaria. Esta célula ha establecido el siguiente sistema: analizando ejemplos típicos de fraude fiscal, los expertos modelan estos fraudes fiscales, y el software desarrollado analizará miles de informaciones sobre los contribuyentes franceses y con los modelos del software comparará y asignará una puntuación. El programa informático da una probabilidad de que el individuo sea un defraudador con respecto a la ley fiscal. Aquí la lógica no es la misma que la anterior porque se trata de una asistencia algorítmica ya que los algoritmos preparan una decisión, pero no la ejecutan, estos son los dependientes.

En cuanto a los algoritmos de aprendizaje, podemos decir que plantean problemas específicos, porque aprenderán de los datos que se le proporcionen. Así que, al final, los diseñadores no pueden entender la lógica de las decisiones que van a tomar. Entonces, podría decirse que hay una voluntad independiente, esta voluntad sería de la máquina, es decir una voluntad algorítmica. Sin embargo, en Francia no se puede tomar ninguna decisión con la sola intervención de la máquina.

No obstante, en el caso de los algoritmos clásicos, si se toma una decisión con un sistema de algoritmos clásicos sin intervención humana, no hay voluntad alguna. Se ha logrado mecanizar la producción del acto administrativo unilateral. ¿Podríamos afirmar que se pone en duda la teoría de la voluntad como denominador común? En el estado de la ley, la toma de decisiones algorítmicas es muy limitada. En esta etapa, el artículo 10 de la Ley de 10 de enero de 1978, expedida por el Congreso Francés, muestra la prohibición de tomar decisiones que produzcan efectos jurídicos respecto de una persona únicamente sobre la base de un tratamiento automatizado de datos destinado a definir el perfil del interesado o a evaluar determinados aspectos de su personalidad. El artículo 15 de la Directiva de 24 de octubre de 1995, retomado y modernizado en el artículo 22 del RGPD, establece que “el interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en la trata de seres humanos”.

El avance que ha tenido el Estado francés en el desarrollo algoritmos que procesen y emitan actos administrativos conlleva a formular el precepto del acto administrativo algorítmico no sólo como un acontecimiento fáctico, sino también jurídico que está vigente y sobre el cual debemos estar preparados. A pesar de esto, en Colombia, el acto administrativo algorítmico se ha confundido con la noción de acto administrativo electrónico el cual basa su concepto en el mensaje de datos. El marco normativo que dispone la regulación del al acto administrativo denominado electrónico se encuentra dispuesto en el artículo 57 de la ley 1437 de 2011 la cual precisa que “las autoridades, en el ejercicio de sus funciones, podrán emitir válidamente actos administrativos por medios electrónicos siempre y cuando se asegure su autenticidad, integridad y disponibilidad de acuerdo con la ley” (Ley 1437, 2011). Empero, esta definición no puede tomarse de manera aislada puesto que el ordenamiento jurídico colombiano dispone de otras normas que hacen alusión, por ejemplo, a los mensajes de datos y la emisión de actos administrativos electrónicos.

En este entendido, el ordenamiento jurídico colombiano, frente a este tipo de actos administrativos hace referencia, en determinados contextos, al comercio electrónico y lo relacionado a los mensajes de datos y las firmas digitales. Esto permite dibujar ciertos atisbos de las nociones del carácter electrónico de los actos administrativos. A título de ejemplo, el artículo segundo de la ley 527 de 1999 dispone la definición de mensaje de datos como “la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares,

como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”. De la definición de mensaje de datos dispuesta en la norma citada se puede resaltar el aspecto de la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos. Es a partir de este elemento que autores, como el profesor Berrocal, construyen una definición doctrinal de acto administrativo electrónico en el entendido de ser el acto administrativo:

[...] el que se genera, almacena, envía, comunica y recibe por medios electrónicos, cuya autenticidad o certeza del emisor se determina mediante un valor numérico que se adhiere al mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje, permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación. (...) Dentro de la explicación del profesor Berrocal se precisa que lo que determina que sea un acto administrativo electrónico es su configuración originaria y no la forma como este acto se archive o se le de publicidad (Berrocal, 2015).

Frente al acto administrativo electrónico, los (Sánchez, Ibáñez, & Cabanzo, 2010) plantean incluso que el artículo 53 de la ley 1437 de 2011 conlleva una consecuencia de reconocimiento e igualdad de los actos administrativos electrónicos frente los actos administrativos tradicionales. Según ellos “Como consecuencia se obtiene que los documentos públicos suscritos por medios electrónicos tengan la validez y fuerza probatoria reputándose toda reproducción como auténtica con efectos legales. Con ello se origina, igualmente, el acto administrativo electrónico que goza de total validez, siempre y cuando se asegure su autenticidad, integridad y disponibilidad”.

Sin embargo, a diferencia de esta concepción del acto administrativo electrónico, el acto administrativo algorítmico, partiendo de la definición tradicional mencionada anteriormente, es toda manifestación unilateral de voluntad de la administración <sup>6</sup>, a partir dispositivos electrónicos basados en el aprendizaje profundo de datos los cuales ejercen funciones administrativas en nombre de alguna autoridad de la administración autorizada para ejercer funciones públicas, transformada a través de un procedimiento en una decisión tendiente a la producción de efectos jurídicos.

<sup>6</sup> De las definiciones que exponen autores como los profesores Montaña, Santofimio y Rodríguez, es posible concluir que la administración pública es aquel conjunto de órganos estructurados, y determinados por la Constitución y la ley, compuestos principalmente –pero no de forma exclusiva– de la rama ejecutiva, que realizan múltiples actividades (reglamentación, servicios públicos, convivencia, entre otros) que persiguen el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, el interés público y el debido cumplimiento de las normas internacionales, constitucionales, legales y la jurisprudencia.



Conforme a lo anterior, podría establecerse un par de variables que conducen a dos hipótesis distintas de interpretación sobre quien es el sujeto activo o emisor del acto administrativo algorítmico. Se entraría a estudiar, como primer punto, la variable en relación con la tradición jurídica colombiana del acto administrativo donde el emisor es la administración y, como segundo punto, la variable relacionada a diferentes sistemas electrónicos capaces de emitir un acto administrativo.

En este contraste, una primera variable a formular es la de un dispositivo electrónico el cual es un medio que ayuda o complementaría el trabajo de la administración para emitir un acto administrativo. En ese orden de ideas, a título de ejemplo, un dispositivo electrónico denominado sistema de verificación o radar, utilizado por la administración-para controlar la velocidad en determinada zona de una ciudad y emitir comparendos a particulares que excedan el límite de velocidad por medio de foto multas, sería solo un medio de reproducción del emisor de un acto administrativo. En este caso, la administración, y en particular, la autoridad de tránsito encargada, sería siempre la autoridad competente conforme a sus funciones establecidas por la Constitución, la ley 1843 de 2017 y la resolución 000718 del 22 de marzo del 2018. Esta autoridad, en la materia referida, solo configuraría un dispositivo electrónico que actuaría de forma eficiente como un medio de reproducción del acto administrativo. Esto bajo el entendido que dicho dispositivo electrónico agilizaría la manera como se obtienen, desarrollan y certifican unos datos que establecen unos supuestos de hecho los cuales tienen unas consecuencias jurídicas. Esto daría como resultado un acto que afecta al particular.

Sin embargo, es necesario precisar que la administración actuaría por medio de un sistema electrónico, qué por voluntad de la administración, sería el medio o mecanismo para desarrollar diferentes acciones de la administración. La primera acción es centralizar una base de datos de los sujetos pasivos sobre los cuales “recaen los efectos del acto administrativo” y le creará, modificará o extinguirá una situación jurídica determinada (Berrocal, 2015).

La segunda acción es, conforme a una programación del sistema creado para cumplir una tarea o actividad de la administración, el dispositivo emite un acto administrativo para el cual ya fue dispuesto y regulado por la ley y los diferentes actos reglamentarios. Empero dicha emisión es sola la representación de la voluntad de la administración, o de la ley misma. (Tema que será tratado a profundidad en la segunda parte del presente artículo).

Por consiguiente, dicho acto administrativo, avalado y confirmado de forma previa y posterior por la administración, recae entonces en sus efectos sobre la comunidad o sobre un particular. Esta situación se puede ver reflejada a través de actos administrativos de admisión donde la administración solo deba, a través de

diferentes criterios de selección, emitir un acto administrativo donde establezca quién cumple unas condiciones determinadas previamente y, en consecuencia, el particular sea sujeto de la selección.

Del mismo modo, se puede efectuar en los actos administrativos sancionatorios como las multas de tránsito. Para efectos de la multa, el dispositivo electrónico avalado<sup>7</sup> y verificado<sup>8</sup> por la administración, generaría la reproducción de un comparendo cuando un particular vaya en exceso de velocidad en el espacio marcado, controlado y verificado por la administración a través de un dispositivo electrónico dispuesto para ello. Como resultado de ese comportamiento que se encuentra previamente codificado<sup>9</sup> en el dispositivo electrónico, se da lugar a la emisión de un acto administrativo por la autoridad de tránsito respectivo a través de la reproducción realizada por el dispositivo electrónico. Posteriormente, el acto administrativo será notificado en su domicilio, en los términos establecidos por la ley, al particular determinado que cometió la conducta infractora.

Si analizamos a profundidad esta variable, el funcionario público adscrito a la Secretaría de Tránsito y transporte de la entidad territorial competente realizaría un sencillo ejercicio de validación, dentro del cual, no podría más que ACEPTAR la decisión que rinde previamente la máquina al detectar el exceso de velocidad en la vía. No obstante, reconocemos en el derecho actual a este tipo de actos como actos electrónicos y no algorítmicos. Al final, el dispositivo electrónico sería solo un medio por el cual la administración emitiría, de forma más eficiente y desmaterializada, un acto administrativo conforme a la voluntad de la administración.

Es importante resaltar, en esta variable, la declaración de la voluntad de la administración, para lo cual el profesor Santofimio precisa que “los sujetos activos del acto administrativo son simples intérpretes de la voluntad potencial expuesta en la norma positiva” (Santofimio J., 2017). La declaración de la voluntad<sup>10</sup> en el acto administrativo algorítmico sería la misma que un acto administrativo electrónico

<sup>7</sup> Dispositivo designado para efectuar dicha tarea. En lugar de realizarlo una autoridad administrativa, se instala un dispositivo electrónico programado con diferentes criterios para efectuar la actividad designada.

<sup>8</sup> En el sentido que cumpla con todos los requisitos legales y administrativos, así como que éste no tenga imperfecciones de hardware y de software.

<sup>9</sup> Estaría codificado tanto los supuestos de hecho y de derecho de la conducta, así como los resultados jurídicos de la conducta.

<sup>10</sup> “En la voluntad administrativa se destacan distintos elementos, comenzando con la intención del órgano del cual emana, continuando con el procedimiento establecido para la determinación o elaboración de esa voluntad, y finalmente su declaración [...] La expresión voluntad no tendrá para el acto administrativo un acto psíquico real sino que comprenderá un conjunto de factores subjetivos, más factores objetivos que constituyen el proceso a través del cual se manifiesta esta voluntad” (CERFRFRFRFRFRFRFRFRFRFR, Sala de lo Contencioso Administrativo, 1964).

siendo éste el proceso interno o de formación de la voluntad<sup>11</sup> en el que proceso psíquico de formación del acto estaría previamente desarrollado en la programación del algoritmo del dispositivo electrónico, que a su vez está reglamentado por la ley.

Este proceso generaría la reproducción electrónica o en papel de un acto administrativo el cual sería verificado por una persona natural facultado con funciones públicas. Posteriormente, éste pasaría a una fase de exteriorización<sup>12</sup> a través de la notificación por medio electrónico del acto previo consentimiento del particular sobre el manejo de datos. Esto no excluye la posibilidad de que el acto administrativo reproducido por este dispositivo sea notificado de forma personal a través de diligencia o por aviso.

Como segundo punto, estaría la variable del acto administrativo algorítmico emitido por un dispositivo electrónico facultado por la ley para tal fin. Una propuesta disruptiva que viene desarrollándose en Europa. En esta variable, el legislador, por medio de la ley, facultaría a un dispositivo electrónico, para emitir un acto administrativo como representación de la administración.

En este caso, no se estaría hablando de personas naturales<sup>13</sup> que actúan conforme a la voluntad dispuesta en la ley, sino que sería un dispositivo electrónico sistematizado que exteriorizaría la voluntad de la administración. Así, sería el dispositivo quién, conforme a lo establecido a la ley y a los reglamentos, emitiría un acto administrativo bajo unos supuestos de hecho y de derecho preestablecidos en su programación, sin la necesidad de una validación humana. Por un lado, el sujeto activo no sería una persona natural investida de funciones públicas quien emitiría la decisión, sería una máquina “investida” de funciones públicas.

En definitiva, el asunto de la declaración de voluntad no sería aquella tradicional de un proceso de pensamiento objetivo que realiza la administración sobre la norma y que finaliza con la exteriorización del acto a través de su publicación. En este sentido, sería el mismo dispositivo electrónico que, por medio del algoritmo que está previamente configurado bajo las instrucciones de la administración, emitiría el acto administrativo el cual debe ser exteriorizado obligatoriamente para que

<sup>11</sup> Comprende “la intención del acto administrativo y la de estructuración o materialización del mismo” (Santofimio J., 2017).

<sup>12</sup> “Estaría conformada por la totalidad de los pasos tendientes a la exteriorización de la actuación” (Santofimio J., 2017).

<sup>13</sup> “Entrar al estudio del sujeto activo implica abordar, en estricto sentido el problema institucional del ejercicio del poder administrativo, el cual irremediablemente involucra la intervención de personas naturales que interpretan y aplican el ordenamiento jurídico público; esto es que los autores directos del Estado son simples personas naturales que actúan ante la carencia de entidad corporal de los órganos públicos para el cumplimiento de sus atribuciones” (Santofimio J., 2017).

este pueda establecer la declaración de la voluntad y, por consiguiente, produzca efectos jurídicos.

Empero, si se continua con esta variable, el primer elemento que no sufriría una variación sustancial sería el objeto del acto administrativo emitido por el dispositivo electrónico. En el acto administrativo algorítmico, el objeto sigue siendo el elemento determinado interiormente. Es decir, “se refiere a la materia o asunto de que trata la decisión” de la administración (Rodríguez, 2017). No se diferencia este elemento de un acto administrativo de carácter general o particular emitido por un funcionario de la administración en el sentido que el acto administrativo algorítmico desarrolla la voluntad de la administración. A título de ejemplo, en materia de multas de tránsito, la sanción al particular en ocasión a una multa por exceso de velocidad seguirá siendo tal cual está establecida por la ley, y otro número sin fin de actos administrativos regidos por la competencia reglada.

En un acto administrativo algorítmico, en lo relativo a los motivos del acto administrativo que son establecidas a través de las circunstancias de hecho y de derecho que determina el contenido y la expedición del acto (Berrocal, 2017, p.98), la motivación estaría previamente fijadas por la administración dentro de la programación del dispositivo electrónico (Así como reglamentado por la autoridad competente). Es necesario mencionar que el libre albedrío de la máquina, además de ser una discusión filosófica aplicada de la inteligencia artificial, no podría ser un asunto a tratar (Por lo menos no hoy), ya que, para todos los efectos, del tipo de algoritmo que está sirviendo de ejemplo, es aquel que funciona bajo los parámetros clásicos. De esta manera, el software del dispositivo tendría programada las condiciones generales de hecho y de derecho que darían lugar a la motivación del acto y que se integrarían a la parte considerativa y motiva del acto. Tal situación tendría los mismos efectos respecto a la finalidad del acto. Estos fines deben estar integrados, de forma general, dentro de la programación del dispositivo electrónico.

Por otra parte, frente a las formalidades, el procedimiento en la producción estaría a cargo del dispositivo electrónico el cual, en su programación, encuentra consignada la voluntad de la administración de emitir el acto conforme unos criterios previamente determinados. Frente a esto, sería el propio dispositivo electrónico, bajo previa programación de la administración, el encargado de establecer el nombre, el consecutivo, así como la titularidad, el serial del acto administrativo algorítmico, la forma de notificación y los medios de oponibilidad de dicho acto. Esto se asimilaría a los efectos de una firma de un funcionario.

Es notorio que la administración interviene en cada una de las etapas que configura los fines esenciales del acto administrativa, quizá no en la misma línea

temporal, pero si, en definitiva, antes de programar el algoritmo para su respectivo uso. No obstante, si esta propuesta es aceptada, las preguntas que surgen tan amplias como los campos del derecho en el que puede darse aplicación, así, ¿Quién sería el responsable de la acción, omisión o extralimitación ejecutada por el dispositivo electrónico que tiene la competencia para emitir actos administrativos? ¿La administración? ¿El particular que programó dicho dispositivo? ¿El Congreso que aprobó y fijó sus lineamientos?, ¿Podría un acto algorítmico causar un daño susceptible de reparación? Teniendo en cuenta que todas las preguntas giran en torno a un eje central, esto es, la manifestación de la voluntad como elemento esencial del acto administrativo, resulta entonces necesario desarrollar el tema a mayor profundidad.

## **II. La cuestión de la voluntad como eje central en la puesta en marcha del Acto Administrativo Unilateral algorítmico**

La cuestión de la voluntad ha sido el eje central en el perfeccionamiento de los actos administrativos unilaterales expedidos por la Administración desde los comienzos tempranos del derecho administrativo, razón por la cual, su cuestionamiento en la puesta en marcha de los AAU algorítmicos resulta imprescindible. Este interrogante debe ser abordado desde la discusión competencia reglada y poder discrecional (A), pero también en el reconocimiento de la teoría de la declaración de voluntad (B) en sí misma que determinan su propio alcance.

### **A. La discusión necesaria sobre la competencia reglada y el poder discrecional en el margen de maniobra de la expedición de AAU algorítmicos**

La discusión *competencia reglada y poder discrecional* hace parte de los pilares del derecho administrativo como dogma independiente, no obstante, el direccionamiento de las mismas en la actualidad muestra el espejismo de la discrecionalidad de la administración.

Esta situación podría ser un campo propicio para el desarrollo de los AAU algorítmicos, ya que, por una parte, podemos ver la expedición de actos administrativos como expresión de la voluntad de la ley (1) y no de la administración en sí misma; y por otro lado, la ausencia progresiva de discrecionalidad en las actuaciones administrativas (2), circunstancia propicia para el relevo tecnológico.

## 1. La expedición de actos administrativos como expresión de la voluntad de la ley

La noción clásica adoptada del derecho francés de los actos de la administración distingue a los actos de gestión de los actos de autoridad, reflejando en aquellos actos de autoridad la imposición unilateral de la administración frente al particular (Expósito Vélez, 2003). Esta noción del sistema francés tampoco se aleja mucho del concepto derivado del derecho alemán, que define al acto administrativo diciendo que es “una declaración administrativa de autoridad que determina frente al súbdito, en el caso concreto, lo que para él debe ser Derecho”, (Gallego Anabitarte & Menéndez Rexach, 2011) lo que implica la existencia de una declaración de voluntad de la Administración, en ejercicio de potestades públicas administrativas, que es lo que ha caracterizado.

Así, resulta más que notorio, evidente, la incesante adopción dentro del ordenamiento jurídico colombiano de las fuentes teóricas europeas, particularmente francesa, al definir al acto administrativo, llevado a corolario por los profesores Frier y Petit, definen el acto administrativo en este sentido:

“L’acte administratif unilatéral affecte l’ordonnancement juridique – il crée des obligations ou fait naître des droit- par le seul effet de la volonté de l’administration, indépendamment de tout consentement de l’assujetti ou du bénéficiaire, lorsqu’ils en sont les destinataires”.

El acto administrativo unilateral afecta el ordenamiento jurídico, creando obligaciones o haciendo nacer derechos, por el sólo efecto de la voluntad de la administración, independiente de todo consentimiento del particular o del beneficiario, cuando estos son sus destinatarios. (traducción literal) (Frier & Petit, 2014).

No obstante, el criterio de la voluntad de la administración podría tenerse en cuenta como la manifestación de la misma, ya que todo dependerá de la discrecionalidad de la que goce el margen de maniobra del futuro acto administrativo. Así, y en el reflejo de la teoría de la *competencia reglada y el poder discrecional* podemos ver que sólo hay poder discrecional en aquellas circunstancias en donde la conducta de la autoridad administrativo no está dictada de antemano por el derecho (Ureta Ayola, 1999).

Al respecto, podríamos decir que cuando el procedimiento no está reglado directamente por la ley, determinando su emisión por el cumplimiento o no de los criterios establecidos, estaríamos hablando de una discrecionalidad presente en la manifestación de voluntad, pero esto no es del todo cierto, ya que a pesar de no estar estrictamente regulado, la existencia de principios de obligatorio cumplimiento tales como la legalidad, el debido proceso, la competencia, aunados a los conceptos

extensos de interés general y de buen servicio público, condicionan la actuación y la decisión contenida en el acto.

En este sentido, dice Sierra Bocanegra:

La única voluntad que manifiestan los actos administrativos es la voluntad de la Ley, que la Administración debe cumplir estrictamente, con independencia de que la similitud de su contenido –un mandato o regulación– con el que es propio de los negocios jurídicos privados haga conveniente distinguirlos de otro tipo de manifestaciones de la Administración que no alteran ningún tipo de relación jurídica (por ejemplo, aquellos actos que sólo acreditan un hecho). Pero en los actos administrativos no se ejercita un supuesto poder administrativo de autoconfiguración, que no existe, ni puede existir, al estar sometida la Administración al principio de legalidad y carecer de otra voluntad que la voluntad de la Ley, aun disponiendo en ocasiones de un margen de decisión para poder alcanzar el objetivo de interés público fijado en el caso (Bocanegra Sierra, 2005).

Esta circunstancia de derecho tiene serias implicaciones en el reconocimiento teórico de los AAU algorítmicos, toda vez que la cuestión de *la voluntad* inmersa en la producción de los mismos, estaría supeditada al imperio de la ley (competencia reglada).

Retomando la definición dada por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, de algoritmo, como un *conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema*, que previamente ajustadas a través un sistema electrónico por la Administración, concebirían la fórmula y el escenario el escenario perfecto para la puesta práctica de los mismos en la toma de decisiones administrativas en Colombia. Imaginemos pues aquellas circunstancias legalmente establecidas en las que el particular se convierte en beneficiario de un derecho o una obligación con el simple hecho de acreditar una calidad en particular. Tal calidad puede ser acreditada por un sistema (algoritmo) que permita validar y confirmar dicha calidad en tiempo record, incrementando la eficacia de la administración pública al evitar las largas comunicaciones entre peticiones de información y posterior validación, y acelerando notablemente la materialización de diferentes derechos.

El sometimiento a *la voluntad* de la ley, como manifestación de la voluntad en la administración representa una posible resolución a la cuestión de la voluntad como eje central en el perfeccionamiento de los actos administrativos, dilucidando que la producción del AAU algorítmico, no es el resultado propio, ni la producción independiente de una máquina en sí misma, sino la instrumentalización de la tecnología en seguimiento a la *voluntad de la ley*. En otras palabras, no existe *la producción intelectual* de una máquina programada para ello, toda vez que éste no es consecuencia del pensamiento artificial, lo que en cambio sí existe, es la



materialización de reglas previamente impuestas con base en la ley, a través de un algoritmo tecnológico. Estas circunstancias pueden ser de muchísima utilidad en la actuación contemporánea de la autoridad administrativa, que además de encontrarse inmersa en la era digital, ha sido testigo de la ausencia progresiva de la discrecionalidad en las actuaciones administrativas.

## 2. La ausencia progresiva de discrecionalidad en las actuaciones administrativas

La jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano ha sido reiterativa en reconocer las facultades discrecionales de las autoridades públicas, tanto en la actuación como en las decisiones que se profieran como resultado de las mismas; y en esta media, ha sentado posturas como la de oportunidad y la conveniencia de la decisión, en la cual la autoridad administrativa valora en qué momento actúa y en qué momento decide, además el criterio de conveniencia de la misma al tomar la decisión. No obstante, esta circunstancia se torna contradictoria, cuando el Consejo de Estado reconoce que los actos discrecionales están sometidos al derecho, es decir, al principio de legalidad, así como al control judicial, existiendo una causal de nulidad derivada de actos arbitrarios que se pueden generar en la discrecionalidad, como es la desviación de poder. Señala (Sentencia Nulidad y Restablecimiento del Derecho 4883, 1993):

(...) Sin embargo, el acto administrativo discrecional no escapa al derecho ni al control que ejerce sobre él la jurisdicción, ya que ha podido ser arbitrario o ha podido ser dictado con desviación de poder.

Al respecto, el profesor Guecha Medina concluye:

En los actos administrativos la voluntad que se contiene es la de la ley y no la de la Administración, porque en los actos reglados las entidades públicas no se pueden apartar de ninguna forma del precepto legal, y en los denominados discrecionales, aunque existe algún grado de amplitud o autonomía en la decisión, tampoco es posible que las administraciones se aparten de la ley y en última instancia la voluntad que se evidencia es la de ella, lo que determina la inexistencia de discrecionalidad administrativa en los mismos; por tal razón la definición de acto administrativo se debe contener en la expresión de voluntad de la ley, instrumentalizada en los actos de la Administración (Güechá Medina, 2015).

Del mismo modo, la contratación estatal representa uno de los campos en los que la ausencia de discrecionalidad es evidente, no solamente por las determinaciones legales impuestas en cuanto al momento y contenido de la publicación de pliegos de condiciones, sino a la imposición a través de directivas y decretos que determinan el *modus operandi* de la administración como sujeto

contractual. Cada vez es más notorio que las reglas del juego son tan estrictas, que podemos ver a la Administración, más que un sujeto con voluntad propia, a sujeto limitado a la ejecución de instrucciones. Esta ausencia de discrecionalidad representa el estado idóneo para revisar las actuaciones administrativas que generen un alto impacto en la actividad administrativa en materia de tiempo y personal humano, el cual podría ser reemplazado/complementado fácilmente por un sistema electrónico en circunstancias en las que la producción del mismo represente la resolución de un algoritmo sencillo, que valide, confirme, o simplemente responda a las peticiones de los particulares, a través de unos datos previamente otorgados.

Es necesario tener en cuenta que, en las anteriores situaciones, el requerimiento de una base de datos resulta imprescindible, y obligatorio para las entidades territoriales de orden nacional, departamental y municipal, de acuerdo con los protocolos de digitalización y la gestión documental de los diferentes archivos. Por otra parte, resulta ineludible reconocer que la discrecionalidad de ciertas actuaciones sigue presente (aunque cada vez en menor proporción), por lo que la humanidad de la que goza la administración pública es un elemento necesario a las luces del estado moderno, situación que debe estudiarse con la implementación de la inteligencia artificial en las decisiones gubernamentales.

Con base en lo anteriormente expuesto, queda en evidencia la intrascendente restructuración de la declaración de la voluntad en la expedición de AAU algorítmicos, que acerca a la realidad actual el uso de la tecnología en la creación de actos, realizando una equivalencia con teorías tan antiguas como el surgimiento del derecho administrativo.

## **B. La intrascendente restructuración de la teoría de la declaración de la voluntad para la expedición de AAU algorítmicos**

Es necesario mencionar que la restructuración de la teoría de la declaración de voluntad para la expedición de AAU algorítmicos, resulta intrascendente, esto teniendo como base no solamente los innumerables casos de ausencia de discrecionalidad en las decisiones administrativas, sino también la visión exterior, y particularmente europea (1) de la nueva concepción del acto voluntario. Por otra parte, la paradoja del reconocimiento de AAU algorítmicos como actos de voluntad (2), es un desafío contemporáneo que debe llevarse a cabo, con el fin de la modernización de la acción pública, y de la evolución del derecho administrativo.

1. La teoría de la voluntad del acto administrativo a través de la visión europea de la cuestión.

Hauriou señalaba que, el espíritu de los actos de administración son la manifestación de la voluntad de la persona administrativa, pero no hay que olvidar que esa voluntad está personificada por un representante. Si la persona administrativa pudiera formular ella misma su voluntad, esta sería siempre correcta, y los actos de administración serían perfectos (Hauriou, 1910).

La discusión de la voluntad y la decisión administrativa ha sido una pregunta trascendental en la teorización del acto administrativo unilateral, pero, es necesario manifestar que ninguno de los aspectos teóricos del acto administrativo, pensado desde el siglo XIX quedan intactos a través del uso de las nuevas tecnologías. (Girard, 2019), menciona podríamos entonces defender la continuidad considerando que la teoría debe ser remodelada para que ostente el tratamiento de AAU algorítmicos, o nos inscribimos a la ruptura, admitiendo que los algorítmicos sobrepasan la teoría misma de la voluntad. En cualquiera de las dos opciones, el choque teórico podría ser bastante fuerte, y la eficacia relacionada con el uso de los mismos se vería truncada. En todos casos, es difícil emitir una explicación única, ya que existen varios tipos de algoritmos.

La visión europea ha desarrollado notablemente este asunto. Muy temprano, en el año 1901 el Código Civil Alemán desarrolló una nueva teoría de la voluntad (La Teoría de la Declaración de la Voluntad), haciendo frente a la idea civilista relacionada con la voluntad interna, que resultaba de imposible aplicación en la persona pública. Al respecto, (Saleilles, 1910), señala que el derecho alemán considera el desarrollo de esta teoría como la exteriorización de la voluntad, la verdadera voluntad. Esta descomposición del acto voluntario permite pensar en la cuestión del poder discrecional. Los pensadores del siglo XX dedujeron que la administración nunca tiene la libertad de determinar el propósito de un acto administrativo unilateral. (Bonnard, 1944), plantea esta regla como un principio fundamental, una regla no escrita de derecho administrativo. La administración nunca es libre de elegir su propósito porque siempre debe perseguir un objetivo de interés general.

Si traemos a colación esta discusión teórica, podemos ver claramente que la voluntad es una decisión elástica. En otras palabras, no necesariamente tenemos que reconocer que la decisión administrativa ha sido fruto de una voluntad algorítmica, en su lugar, podemos remodelar la representación tradicional de la voluntad administrativa para que pueda ostentar la decisión algorítmica. En este caso, la exteriorización de la voluntad tendría las mismas consecuencias. (Bourcier D., 2001) señala que, las ficciones jurídicas se asemejan a los artefactos técnicos (...)

Nosotros observamos la emergencia de una entidad que podría tener un estatus por la vía de una técnica jurídica bien conocida, aquella de la ficción eventualmente sostenida por un dispositivo técnico. (...) para los iusnaturalistas, la persona es exclusivamente una persona humana, y pertenece al orden natural, pero entonces, ¿Qué decir de una persona moral? Nuestras personas virtuales no son evidentemente personas dotadas de unicidad, de interioridad, de racionalidad, ni de una perfecta autonomía como la persona humana. Se trata entonces de un artefacto jurídico, en una visión nominalista y funcional de la ontología jurídica.

De este modo, tan pronto como es probable que las decisiones se tomen utilizando un algoritmo, se plantea la cuestión del margen de maniobra de que dispone el juez frente a la propuesta de software: ¿es capaz de entenderlo para controlar su validez o legalidad y, si es necesario, sustituirlo? ¿Cuál sería su responsabilidad en caso de falta y prejuicio? (Sauvé, 2018)

Si consideramos que se trata entonces de una ficción, prolongando la concepción artificial de la persona y obtenida por analogía, nosotros estaríamos más cerca de reconocer el status de una persona virtual como sujeto de derechos. Desde luego, la visión europea del caso, es considerar a la voluntad jurídica no como una forma de realidad del orden material, sino una herramienta pensada por el intelecto, ella depende únicamente de la información que proporciona su creador. Como instrumento al servicio del derecho, la voluntad es en efecto eso que la conciencia jurídica quiere que sea en un momento dado. (Saleilles, 1910)

Podemos entonces inferir que los juristas crean seres, y le ofrecen el acceso al mundo jurídico. De esta manera, la voluntad puede considerarse como un artificio de la técnica jurídica. No podemos equiparar la personalidad jurídica con la personalidad humana, del mismo modo que no podemos equiparar la voluntad jurídica a la voluntad humana. En cambio, podemos poner al servicio estos artificios jurídicos a los diferentes artefactos técnicos jurídicos.

Todas estas circunstancias son un completo desafío en el reconocimiento de los AAU algorítmicos como actos de voluntad, pero al mismo tiempo, podría ralentizar el verdadero impacto en la modernización de la acción pública.

## 2. El desafío del reconocimiento de los AAU algorítmicos como actos de voluntad y su impacto en la modernización de la acción pública

Podríamos deducir que los actos administrativos deben cumplirse tres condiciones para que pueda ser considerado en sí mismo un acto administrativo susceptible de litigio. La primera se refiere a la admisibilidad del recurso, así, aludiendo a un término utilizado con frecuencia en la jurisprudencia, que el acto *cause un daño*,

y que el acto impugnado sea un acto jurídico auténtico. Las otras dos condiciones se refieren al carácter administrativo del acto, por una parte, la conexión con la función administrativa y, por otra, la presencia de las prerrogativas de la autoridad pública a la disposición de la administración para cumplir sus misiones de servicio público (Petit & Frier, 2019).

Sin embargo, cuando se trata de decisiones algorítmicas, este marco conceptual puede ser muy complejo y puede dar lugar a diferentes interpretaciones. La positividad reconocida en estas normas modifica las propiedades intrínsecas del derecho en la medida en que ya no se asemejan, en palabras de Kelsen, al significado prescriptivo de “un acto de voluntad” –humano por definición– sino a un acto de aplicación automática de la voluntad (Duclercq, 2017). Ya no se trata de querer un acto preceptivo cuyo significado se conoce de antemano, sino de querer que un algoritmo identifique el significado de un acto preceptivo aplicando instrucciones humanas programadas en un lenguaje informático (Patiño Ávila, 2019).

Esto cambia el paradigma. De la misma manera que, como Maquiavelo había percibido, el cambio de la fuente de poder mediante la indexación a la voluntad humana en lugar de a la voluntad celestial, conduce a una reconsideración de su naturaleza y alcance a la indexación de la decisión algorítmica, que en lugar de a la voluntad humana, conduciendo a una reconsideración del poder, y por extensión del derecho que produce (Duclercq, 2017).

El problema de este asunto, es la transgresión de las reglas de competencia que excluyen a las autoridades administrativas la delegación del poder de emitir actos administrativos, inclusive a una máquina. Esto exige un gran esfuerzo de conceptualización. Si el uso de la noción publicista del órgano dispensa de tal reconocimiento, ella requiere un delicado trabajo de adaptación para aplicarlo a una máquina.

No obstante, la teoría de la voluntad jurídica algorítmica puede acercarse al derecho positivo cuando este se concibe como un elemento de ayuda a la decisión, más que como un productor directo de decisiones administrativas. La remodelación de la voluntad podría ser más apropiada (Girard, 2019). La asistencia ofrecida por los algoritmos a los órganos administrativos manifiesta una redistribución de la competencia técnica, pero deja intacta la competencia jurídica. Inclusive, si vamos más lejos, el uso de la inteligencia artificial podría inclusive prevenir los riesgos contenciosos que ayudarían a una mejor decisión, sin reversar la teoría clásica del AAU.

La decisión administrativa algorítmica empuja la concepción y las clasificaciones del acto administrativo unilateral. Así como existen manifestaciones de voluntad no decisorias, existen al lado, actos dotados de efectos jurídicos sin manifestación de

voluntad. De esta manera, figura de la decisión algorítmica. Cuando la tecnología asiste al órgano administrativo para una intervención previa a la decisión, el rol de la voluntad resta esencial. El árbol de decisiones que ofrece a un agente el hecho de evaluar diferentes acciones posibles en función de su costo, su probabilidad, o sus beneficios, garantiza la voluntad en el hecho de escoger de una paleta de decisiones (Girard, 2019).

En definitiva, la discusión debería versar más en el control de este tipo de actos, y no en la esencia de estos, ya que la inminente actualización tecnológica en la que vivimos, convierte a la modernización (inclusive, en su estado digital más avanzado) inevitable. Son entonces los AAU algorítmicos, además de elementos teóricos válidos que no requieren una reestructuración de la teoría general del acto administrativo, elementos necesarios para el manejo de datos en la administración contemporánea, que ha quedado rezagada por la empresa privada y su manipulación.

Además, el uso de algoritmos en la toma de decisiones administrativas implicaría una obligación de transparencia que debe aplicarse antes de que se tome la decisión, es decir, en el momento en que se crea el algoritmo y en el momento en que se utiliza el algoritmo para la toma de decisiones. Al igual que en el derecho y en el ámbito político en general, la algoritmización de la Administración presupone la existencia de confianza entre la tecnología, sus usuarios y quienes sufren sus efectos. Y esta confianza no puede ser decretada; se gana (Bourcier & Primavera de Filippi, 2018). La transparencia de los algoritmos implicaría no sólo que los ciudadanos pueden saber cuándo se utilizan los algoritmos y pedir explicaciones sobre su funcionamiento, sino también que los ciudadanos tengan acceso al código fuente del algoritmo, que en últimas representa las instrucciones del programa del algoritmo que sirve de base para el funcionamiento del mismo. En definitiva, un acercamiento a la democratización de la acción pública.

El reto es inminente, y, sin duda, el lugar de la administración electrónica en el futuro será más notorio, más poderoso y más intrusivo, siempre en el ejercicio de establecer un vínculo más estrecho entre el ciudadano y el Estado. El futuro ha llegado, es momento de asumir las consecuencias.

## Conclusiones

Podemos concluir, respondiente el problema jurídico plasmado al inicio de este artículo, de una manera muy sencilla. De esta manera, la aplicación de la teoría general del acto administrativo en la conceptualización de los nuevos actos administrativos unilaterales algorítmicos, sería la misma que se ha usado desde la

estructuración del derecho público por doctrinantes franceses y alemanes a finales del siglo XIX, a través de la adaptación.

Ejemplos internacionales no muestran que no es necesaria la creación de una nueva teoría general del acto administrativo, esta vez, algorítmico, sino que las herramientas que poseemos pueden adaptarse a la aplicación de nuevas tecnologías, siendo más abiertos a la idea de conceptos etéreos y en movimiento, y reconociendo a esta oportunidad más que como un reemplazo, como una herramienta necesaria en tiempos modernos.

Más allá de redefinir o crear nuevos elementos que permitan la validez del AAU algorítmico, la articulación de los elementos tradicionales con la interpretación moderna, podría ser más que suficiente para dotar de validez y eficacia a un acto administrativo.

Si bien es cierto que muchas de las operaciones de la administración presuponen la reflexión personal y las elecciones de conciencia, elementos del orden internacional nos pueden llevar a afirmar que el desarrollo algoritmos que procesen y emitan actos administrativos conlleva a formular el precepto del acto administrativo algorítmico no sólo como un acontecimiento fáctico, sino también jurídico que está vigente y que resulta eficaz a la hora de ponerse en marcha. Una de las primeras variables a formular es la del algoritmo como medio o herramienta, que ayuda o complementar el trabajo de la administración para emitir un acto administrativo. Así, sería solo un medio de reproducción del emisor de un acto administrativo, y no un productor de actos en sí mismo.

Por otra parte, una de las propuestas a adoptar es el uso de los algoritmos para la creación o producción de AAU algorítmicos que expedían materialmente las decisiones, conforme una programación del sistema creada para cumplir una tarea o actividad de la administración en la cual no se deba discernir sino validar, en este caso, el dispositivo emite un acto administrativo para el cual ya fue dispuesto y regulado por la ley y los diferentes actos reglamentarios. Otra de las posibilidades existentes, es la variable en la cual el legislador, por medio de la ley, facultare a un dispositivo electrónico para emitir un acto administrativo como representación de la administración, esto es, una delegación por competencia para la expedición de los actos. Situación que al igual que los anteriores ejemplos, implica una discusión respecto al tema de la declaración de la voluntad, pero que materialmente no genera ningún cambio real en los efectos jurídicos de la misma. A pesar de todo esto, resulta notorio ver cómo la administración interviene en cada una de las etapas que configura los fines esenciales del acto administrativa, quizá no en la misma línea temporal, pero si, por ejemplo, antes de programar el algoritmo para su respectivo uso.



Por otra parte, respecto a la cuestión de la voluntad como eje central en la puesta en marcha del AAU algorítmica, podemos decir que podemos considerar la *expresión de la voluntad* de la administración, como una expresión de la voluntad de la ley misma, claramente en los asuntos en los que hablamos de competencia reglada. Este tipo de situaciones resultan el lugar predilecto para dar aplicación a la producción de este tipo de Actos administrativos. Así, por ejemplo, en aquellas circunstancias legalmente establecidas en las que el particular se convierte en beneficiario de un derecho o una obligación con el simple hecho de acreditar una calidad en particular, esta calidad podría ser acreditada por un sistema (algoritmo) que permita validar y confirmar dicha calidad en tiempo record, incrementando la eficacia de la administración pública al evitar las largas comunicaciones entre peticiones de información y posterior validación, y acelerando notablemente la materialización de diferentes derechos.

Por otra parte, se puede evidenciar una ausencia progresiva de la discrecionalidad en las actuaciones administrativas. Cada vez es más notorio que las reglas del juego son tan estrictas, que podemos ver a la Administración, más que un sujeto con voluntad propia, a sujeto limitado a la ejecución de instrucciones. De esta manera, este estado represente el momento idóneo para dotar de eficacia administrativa en la producción de actos administrativos que puedan generar un alto impacto en la actividad administrativa en materia de tiempo y personal humano, por ejemplo, cuando la cantidad de datos a procesar resulta incommensurable.

Queda en evidencia la intrascendente reestructuración de la declaración de la voluntad en la expedición de AAU algorítmicos, que acerca a la realidad actual el uso de la tecnología en la creación de actos, realizando una equivalencia con teorías tan antiguas como el surgimiento del derecho administrativo. Desde la visión europea de la teoría de la voluntad en el reconocimiento de una conceptualización de los AAU algorítmicos, podemos ver como la voluntad es una decisión elástica. En otras palabras, no necesariamente tenemos que reconocer que la decisión administrativa ha sido fruto de una voluntad algorítmica, en su lugar, podemos remodelar la representación tradicional de la voluntad administrativa para que pueda ostentar la decisión algorítmica. En este caso, la exteriorización de la voluntad tendría las mismas consecuencias. De esta manera, no se considera a la voluntad jurídica como una forma de realidad del orden material, sino una herramienta pensada por el intelecto, que depende únicamente de la información que proporciona su creador, tal como pasa con el algoritmo (Por lo menos clásico).

De esta manera, el desafío del reconocimiento de los AAU algorítmicos como actos de voluntad está determinado por la asistencia ofrecida por los algoritmos a los órganos administrativos en la redistribución de la competencia técnica, que deja intacta la competencia jurídica. Del mismo modo, cuando la tecnología

asiste al órgano administrativo para una intervención previa a la decisión, el rol esencial de la voluntad queda intacto. El árbol de decisiones que ofrece a un agente el hecho de evaluar diferentes acciones posibles en función de su costo, su probabilidad, o sus beneficios, garantiza la voluntad en el hecho de escoger de una paleta de decisiones, la mejor. Son entonces los AAU algorítmicos, además de elementos teóricos válidos que no requieren una reestructuración de la teoría general del acto administrativo, elementos necesarios para el manejo de datos en la administración contemporánea, que ha quedado rezagada por la empresa privada y su manipulación.

## Referencias

- Amazo Parrado, D. (2007). ¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales? *Revista Estudio socio-jurídico*, 9(2), 182-203. Obtenido de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/345>
- Berrocal, L. (2015). *El acto administrativo* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Librería Ediciones del profesional.
- Bocanegra Sierra, R. (2005). *La teoría del acto administrativo* (2 ed.). Madrid, España: Biblioteca Jurídica Iustel.
- Bonnard, R. (1944). *Précis de droit public* (1 ed.). Bordeaux, Francia: Recueil Sirey.
- Bourcier, D. (2001). De l'intelligence artificielle à la personne virtuelle: émergence d'une entité juridique? *Droit et société*, 847-871. doi:<https://doi.org/10.3917/drs.049.0847>
- Bourcier, D., & Primavera de Filippi. (2018). L'algorithme de l'administration. *Revue Lamy Droit de l'Immateriel*, 193-210. Obtenido de <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01850928>
- Cardon, D. (2015). *A quoi rêvent les algorithmes. Nos vies à l'heure des big data* (2 ed.). Paris, Francia: Le Seuil.
- CErfrfrferfrefrefrefrefre, Sala de lo Contencioso Administrativo. (Consejo de Estado 30 de octubre de 1964).
- Compagnie Air France vs. époux Barbier. (15 de enero de 1968). Tribunal de Conflictos. *M.P.: Sr. Phuyette*. Paris, Francia: Radicado: N° 01908. Obtenido de <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Jurisprudence/TC-01908-epoux-barbier-1968-01-15.htm>
- Constitución Política de Colombia. (20 de julio de 1991). Asamblea Nacional Constituyente. Bogotá D.C, Colombia: Publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Obtenido de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)

- Díaz, C. (2019). Significados del acto administrativo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Revista Socio-Jurídicos*, 21(2), 259-292. doi:<http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7807>
- Dromi, R. (1997). *El acto administrativo* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Ciudad Argentina.
- Duclercq, J.-B. (2017). Le droit public à l'ère des algorithmes. *Revue du droit public*(5), 1401. Obtenido de <https://signal.sciencespo-lyon.fr/article/650819/Le-droit-public-a-l-ere-des-algorithmes>
- Expósito Vélez, J. (2003). *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español*. (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Frier, P.-L., & Petit, J. (2014). *Droit administratif* (1 ed.). Paris, Francia: LGDJ.
- Gallego Anabitarte, A., & Menéndez Rexach, Á. (2011). *Acto y procedimiento administrativo* (1 ed.). Madrid, España: Marcial Pons.
- Girard, A.-L. (2019). Décision administrative algorithmique et volonté. En l'AFDA, *Le droit administratif au défi du numérique, actes du colloque annuel de l'AFDA* (págs. 199-224). Paris: Dalloz, coll. Thèmes et commentaires. Obtenido de <https://www.lgdj.fr/le-droit-administratif-au-defi-du-numerique-9782247187379.html>
- Gordillo, A. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo: El acto administrativo* (10 ed.). Buenos Aires, Argentina: F.D.A.
- Güechá Medina, C. (2015). La noción de acto administrativo: un análisis desde la discrecionalidad en la actuación de la Administración. *Revista Opinión Jurídica*, 16(31), 25-48. Obtenido de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/2168>
- Guglielmi, G., & Koubi, G. (2011). *Droit du service public* (1 ed.). Paris, Francia: Montchrestien.
- Hamant, H. (2006). L'adaptation du droit à la mise en ligne des procédures administrative. *Droit Administratif*(5), 47-84. Obtenido de <https://books.openedition.org/putc/485?lang=es>
- Hauriou, M. (1910). *Principes de droit public* (1 ed.). Paris, Francia: Larose et Tenin.
- Ivanega, M. (2018). *Elementos de derecho administrativo* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Ley 1437. (18 de enero de 2011). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011. Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1437\\_2011.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html)
- Mattret, J.-B. (2014). La dématérialisation dans le secteur public local. *La Semaine Juridique, édition Administrations Et Collectivités Territoriales*(34), 1. Obtenido de <https://www.manche.gouv.fr/content/download/36524/260657/file/LDE%20N%C2%B034%20-%20D%C3%A9mat%C3%A9rialisation%20dans%20le%20secteur%20public%20local.pdf>

- Monrad-Deviller, J. (2010). *Curso de derecho administrativo* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Montaña, A. (2010). *Fundamentos de Derecho administrativo* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Mosquera Gonzalez, J., Certain Jaramillo, A., & Cano, J. (2005). Evidencia digital: contexto, situación e implicaciones nacionales. *Revista de derecho, comunicaciones y nuevas tecnologías*(1), 175-205. Obtenido de [https://derechoytics.uniandes.edu.co/components/com\\_revista/archivos/derechoytics/ytics90.pdf](https://derechoytics.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoytics/ytics90.pdf)
- Patiño Ávila, S. (2019). *La responsabilité administrative de l'e-administration*. Poitiers: Université de Poitiers.
- Pauliat, H. (2018). *La décision administrative et les algorithmes : une loyauté à consacrer* (1 ed.). Paris, Francia: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Obtenido de <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02563811>
- Penagos, G. (1996). *El acto administrativo* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Librería ediciones del Profesional.
- Petit, J., & Frier, P.-L. (2019). *Droit Administratif*(12 ed.). Paris, Francia: LGDJ - Lextenso.
- Riascos, L. (2015). *Derecho procesal administrativo* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Ibañez.
- Rivero, R., & Arenas, H. (2018). *Derecho administrativo especial* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Ibañez.
- Rodríguez, L. (2017). *Derecho administrativo. General y colombiano* (20 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Temis.
- Salleilles, V. (1910). *De la personnalité juridique* (1 ed.). Paris, Francia: La Memoire du droit.
- Sánchez, C. (2004). *Acto administrativo. Teoría general* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Legis.
- Sánchez, C., Ibáñez, O., & Cabanzo, D. (2010). *La teoría del acto administrativo en Colombia & las tecnologías de la información y las comunicaciones* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Editorial DIKÉ.
- Santofimio Botero, J. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio, J. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo* (2 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio, J. (2017). *Compendio de derecho administrativo* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

- Sauvé, J.-M. (2018). *Le juge administratif et l'intelligence artificielle*. Paris: Vice-président du Conseil d'État, Discours prononcé lors de la conférence des présidents des juridictions administratives.
- Sentencia C-337. (19 de agosto de 1993). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente D-296. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-337-93.htm>
- Sentencia C-487. (26 de septiembre de 1996). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Antonio Barrera Carbonell*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente D-1242. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-487-96.htm>
- Sentencia C-662. (8 de junio de 2000). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Fabio Morón Díaz*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-2693. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-662-00.htm>
- Sentencia Controversia Contractual 57394. (17 de julio de 2017). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación: 68001-23-31-000-2011-00554-01 (57.394). Obtenido de [http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol\\_4f9dba1ee8bd44caac9b0f1d3261e85d](http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_4f9dba1ee8bd44caac9b0f1d3261e85d)
- Sentencia Nulidad y Restablecimiento del Derecho 4883. (19 de octubre de 1993). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección A. *C.P.: Alvaro Lecompte Luna*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación: 4883. Obtenido de <http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>
- Trujillo González. (2016). *El acto administrativo: perspectiva desde la Ley 1437 de 2011 y el desarrollo constitucional colombiano* (1 ed.). Sabaneta, Colombia: Unisabaneta.
- Ureta Ayola, M. (1999). "El poder discrecional". En C. d. Estado, *Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina, Coloquio conmemorativo del Bicentenario del Consejo de Estado* (págs. 275-312). Bogotá D.C: Temis. Obtenido de <https://catalogo.cecar.edu.co/cgi-bin/koha/opac-MARCdetail.pl?biblionumber=28972>
- Zubieta, H. (2003). *El contrato por medios electrónicos: El tiempo en los mensajes de datos* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia.