

Las primeras aproximaciones judiciales a la transparencia algorítmica y el camino por recorrer*

The first judicial approaches to algorithmic transparency and the road ahead

Emilio Guichot

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Sevilla

<https://orcid.org/0000-0001-8945-4604>

RESUMEN: En este trabajo se analiza la doctrina en torno al acceso a códigos fuentes a través de la normativa sobre transparencia y acceso a la información, incidiendo en el primer pronunciamiento del Tribunal Supremo al respecto. Se trata de una primera aproximación, importante y que sin duda sienta principios generales, pero cuya conclusión está marcada por las características del asunto en concreto. El Tribunal Supremo resalta la importancia de la exigencia de transparencia de los sistemas informáticos de toma de decisiones automatizadas que puede requerir «en ocasiones» el acceso a su código fuente, y declara el derecho del recurrente, en este caso concreto, a acceder al código fuente con la finalidad de comprobar que el programa informático se ajusta al normativo. Esta solución plantea hondos interrogantes desde el punto de vista de dos elementos basilares de la normativa sobre transparencia: la no distinción entre sujetos solicitantes de información y la consiguiente innecesariedad de acreditar un interés o motivar la solicitud, y la posibilidad de transmitir la información recibida a cualquiera, no existiendo en la LTAIPBG ninguna limitación al respecto.

ABSTRACT: This paper analyses the doctrine surrounding access to source codes through regulations on transparency and access to information, focusing especially on the first ruling by the Supreme Court on this matter. This is an initial approach, which is important and undoubtedly establishes general principles, but whose conclusion is marked by the characteristics of the specific case. The Supreme

* Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i *De la transparencia al gobierno abierto*, financiado por MICIU/AEI /10.13039/501100011033 y por FEDER, UE.

Recibido: 27-10-2025

Aceptado: 09-04-2026

Court highlights the importance of the requirement for transparency in automated decision-making computer systems, which may ‘occasionally’ require access to their source code, and declares the appellant’s right, in this specific case, to access the source code in order to verify that the computer program complies with the regulations. This solution raises profound questions from the point of view of two fundamental elements of the regulations on transparency: the lack of distinction between individuals requesting information and the consequent lack of need to prove an interest in the request, and the possibility of transmitting the information received to anyone, as there is no limitation in this regard in the LTAIPBG.

PALABRAS CLAVE: transparencia, derecho de acceso, algoritmo, código fuente.

KEY WORDS: transparency, right of access, algorithm, source code.

SUMARIO: I. EL CASO BOSCO. II. EL OBJETO DEL DERECHO DE ACCESO. UNA SENTENCIA QUE NO VERSA SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL. III. LA NATURALEZA DEL DERECHO DE ACCESO. UNA SENTENCIA QUE SE APOYA EN UNA FUNDAMENTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES, NEGÁNDOLE, NO OBSTANTE, TAL CONDICIÓN AL DERECHO DE ACCESO, E INTRODUCE INNECESARIA Y ERRÓNEAMENTE UN FUNDAMENTO AÑADIDO EN EL PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN. IV. LÍMITES AL DERECHO. UNA SENTENCIA QUE MODULA A FAVOR DEL ACCESO LA DOCTRINA GENERAL EN LOS CASOS DE APLICACIONES INFORMÁTICAS APLICADAS PARA EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS SOCIALES. V. EL TEST DEL DAÑO. UNA SENTENCIA QUE APOYA SU RAZONAMIENTO PRINCIPAL EN EL LÍMITE DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, PERO EN REALIDAD ENFOCADA EN EL DE LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LOS AFECTADOS. VI. EL TEST DE LA PONDERACIÓN. UNA SOLUCIÓN QUE RESUELVE UN CASO SINGULAR CONDICIONADO POR UN SISTEMA DE GESTIÓN PRIVADA CON UNA (APARENTE) FALTA ABSOLUTA DE MOTIVACIÓN DE LAS DENEGACIONES. VII. CONCLUSIÓN. UNA SENTENCIA (CLARO ESTÁ) *AD CASUM*: SOLICITUD POR UN *WATCHDOG* DE ACCESO AL CÓDIGO FUENTE DE UNA APLICACIÓN QUE NO PERMITE CONOCER LOS MOTIVOS DE LAS DECISIONES Y CONCESIÓN DEL ACCESO LIMITADO AL SOLICITANTE. *TO BE CONTINUED*

En un trabajo anterior en esta misma Revista, nos ocupamos de «La transparencia de los algoritmos desde la normativa sobre transparencia y acceso a la información pública»¹. Volvemos sobre este tema en especial al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo 1119/2025, de 11 de septiembre de 2025 (rec. 7878/2024). Se trata de un pronunciamiento muy esperado, que ha suscitado valoraciones diversas en la doctrina especializada².

I. EL CASO BOSCO

El caso que da origen a la sentencia que comentamos puede sintetizarse del siguiente modo.

Una fundación muy activa en materia de acceso a la información, Civio, solicitó acceso a información relativa a la aplicación telemática del bono social eléctrico, que se utiliza para la verificación de la procedencia o no de su obtención de conformidad con los requisitos legales.

Ante la falta de contestación y conforme establece la LTAIPBG, se produjo la desestimación presunta.

En vía de reclamación ante el CTBG, la Administración alegó que el código fuente no es información pública. El CTBG dio por hecho que sí lo es y que no concurría ninguna causa de inadmisión y pasó a analizar la concurrencia de límites. Descartó por falta de argumentación la concurrencia de los límites de la «seguridad nacional» y de la «seguridad pública» —entendida como seguridad informática, e invocada como aplicable al acceso a cualquier aplicación informática— y de la «protección de datos» a los que había apelado también la Administración. Se centró en el de la «propiedad intelectual», y consideró que el código fuente está protegido por la propiedad intelectual, pero no las especificaciones técnicas del programa, que pue-

¹ Núm. 117, 2024, pp. 77-115, con cita de abundantes trabajos doctrinales, que integra el contenido de este trabajo y se cita en el apartado de bibliografía.

² Algunos de los primeros comentarios en forma de posts han venido de la mano de los profesores A. Huergo Lora y J. Ponce Soler, que han protagonizado en buena medida el seguimiento de este asunto en el debate en la doctrina administrativista, con posiciones divergentes, en el blog almacendederecho.org. El primero, «‘Juicio final’ sobre ‘Bosco’: la sentencia del Tribunal Supremo», 22 de septiembre de 2025 (<https://almacendederecho.org/juicio-final-sobre-bosco-la-sentencia-del-tribunal-supremo>), «continuación» de «Distopía y algoritmos», 15 de mayo de 2024 (<https://almacendederecho.org/distopia-y-algoritmos>) y de «Por qué aciertan las sentencias sobre el ‘algoritmo’ del bono social eléctrico», 10 de mayo de 2024 (<https://almacendederecho.org/por-que-aciertan-las-sentencias-sobre-el-algoritmo-del-bono-social-electrico>). El segundo, «La sentencia ‘Bosco’: un punto —importante— y seguido», 27 de septiembre de 2025 (<https://almacendederecho.org/la-sentencia-bosco-un-punto-importante-y-seguido>), «continuación» de «Utopía y algoritmos», 17 de mayo de 2024 (<https://almacendederecho.org/utopia-y-algoritmos>) y de «Por qué se equivocan las sentencias sobre el algoritmo del bono social eléctrico», 30 de abril de 2024 (<https://almacendederecho.org/por-que-se-equivocan-las-sentencias-sobre-el-algoritmo-del-bono-social-electrico>).

den incluir diferentes aspectos, entre otros, si es un sistema operativo de código abierto, cómo realiza el almacenamiento de datos, cuál es su lenguaje de programación o si incluye herramientas para depuración de memoria y análisis del rendimiento del *software*. Tampoco el resultado de las pruebas realizadas para comprobar que la aplicación implementada cumple la especificación funcional, que sirven, a su juicio, al propósito perseguido por la LTAIPBG de controlar la acción pública y el proceso de toma de decisiones, sin que se deban incluir en ningún caso datos personales reales, sino simplemente estadísticos, sobre la eficacia del sistema en función de la finalidad que se persigue.

En cumplimiento de la resolución del CTBG, la Administración facilitó al reclamante el «análisis funcional», que contiene las características generales y la descripción funcional, inclusiva de casos de uso y de la especificación funcional del sistema, y casos de uso. No obstante, la Fundación Civio recurrió la resolución en la medida en que denegaba el acceso al código fuente.

El Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo entendió que en estos casos «no puede considerarse que el acto administrativo se dicte por una aplicación informática, sino por un órgano administrativo, y en caso de que el destinatario de dicho acto esté disconforme con el mismo, podrá impugnarlo en vía administrativa y en vía judicial. Por tanto, la legalidad del acto administrativo no está justificada por la aplicación informática que instrumentalmente se utiliza en una fase del correspondiente procedimiento administrativo, sino por la normativa que regula la materia». Además, subrayó que se entregaron a la entidad reclamante dos documentos, el «análisis funcional», que recoge las especificaciones técnicas de la aplicación, y por tanto detalla qué hace el programa y cómo lo hace, y el llamado «casos de prueba», que recoge la tipificación de las situaciones en que puede estar un potencial beneficiario y cómo reaccionaría el algoritmo ante cada una de ellas. Argumentó que con ellos se ve cómo funciona el sistema informático y si tal funcionamiento es correcto. Hay casos que no se pueden calcular con el algoritmo y que se deciden con un análisis singular. En base a lo expuesto, había que considerar que la denegación del acceso al código fuente de la aplicación informática no supone una vulneración del principio de legalidad, pues siempre, en último extremo, se podrá comprobar si el solicitante cumple los requisitos para que se le conceda el bono social. Además, en el proceso se evacuó por el Centro Criptológico Nacional, dependiente del Centro Nacional de Inteligencia del Ministerio de Defensa un «Informe técnico sobre el incremento de riesgo asociado a la revelación del código fuente de las aplicaciones informáticas» —nótese, no referido específicamente a la aplicación en cuestión— que concluía que «la revelación del código fuente aumenta de una manera objetiva la severidad de las vulnerabilidades de cualquier aplicación informática. Si esta además maneja información clasificada o sensible de la Administración, el conocimiento del código

fuente aumenta el riesgo de que la explotación de las vulnerabilidades pueda afectar a la seguridad nacional, la seguridad pública o la seguridad jurídica de los administrados»³. A la vista del mencionado informe, el Juzgado Central consideró acreditado que la entrega del código fuente pondría en peligro diversos bienes salvaguardados por los límites al derecho de acceso, seguridad pública, funciones administrativas de vigilancia, inspección y control, política económica y monetaria, secreto profesional y propiedad intelectual e industrial y garantía de la confidencialidad⁴. Desde el punto de vista de la propiedad intelectual –que era en realidad el único límite «retenido» por el CTBG– esta se extiende al código fuente, que no es ni una norma ni un acto administrativo, sin que exista ninguna norma que imponga a la Administración el desarrollo de aplicaciones con fuentes abiertas ni la adquisición de *software* libre.

Esta sentencia fue objeto de un recurso de apelación ante la Audiencia Nacional, interpuesto por la Fundación Civio, respecto del cual el CTBG manifestó su no oposición, en coherencia con el cambio de posición que adoptó a partir de 2021, conforme al cual, en defecto de obligaciones legales de dar publicidad a los algoritmos y regular su alcance, el acceso directo al código fuente sería la única medida que

³ Añadía en nota al pie que «el art. 14 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, señala con claridad las excepciones y límites al derecho de acceso a la información pública, cuando tal acceso pueda suponer un perjuicio para la seguridad nacional o la seguridad pública, entre otras, siendo ambos conceptos omnicomprendivos de la necesidad de salvaguardar los sistemas de información públicos de cualquier amenaza que pudiera dificultar o, incluso, impedir, el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, salvaguarda que quedaría capidiminuida si fuera público el código fuente en el que se sustentan las aplicaciones que se ejecutan en tales sistemas». Y previamente señalaba que «es preciso mencionar que la restricción del conocimiento público e indiscriminado del código fuente de las aplicaciones informáticas está avalada por la mayoría de profesionales y organizaciones especializadas en seguridad», con enlace a una fuente. También señalaba que las consecuencias de revelar el código fuente serían: «Que el ataque sería muy difícil de detectar por parte de los encargados de la administración técnica de los sistemas de información y del equipo de ciberseguridad del Ministerio, puesto que dicho personal técnico no sería consciente de que sus sistemas de información están siendo atacados. –El Ministerio no tendría a su disposición, en el momento en que se produce el ataque, los medios técnicos (antivirus, sondas, parches de seguridad de los productos de Sistema Operativo y Middleware) necesarios para mitigar la vulnerabilidad, puesto que los fabricantes que dan soporte a estos productos tampoco serían conscientes de la vulnerabilidad de sus productos, o de que dicha vulnerabilidad sea detectada y eliminada por los productos específicos de seguridad informática. – Debido a lo indicado en los anteriores puntos, el atacante dispondría del tiempo suficiente conseguir sus objetivos, entre los que se podrían a modo de ejemplo enumerar las siguientes actuaciones: * Acceder o modificar, evidentemente con propósitos ilícitos, a los datos de la base de datos de la propia aplicación, que incluye datos personales de especial protección de los interesados en los trámites (niveles de renta de los individuos, situación familiar y laboral, o si existe calificación como víctima de violencia de género o de terrorismo, o si el interesado sufre alguna discapacidad). * Intento de acceso y/o alteración de los datos almacenados en otras bases de datos, correspondientes a otras tramitaciones administrativas cuya responsabilidad recae en el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. * Utilizar los medios de la infraestructura de cómputo del Ministerio para otros fines, como por ejemplo la minería de criptomonedas. * Utilizar la imagen del Ministerio para pertracar delitos basados en ingeniería social (blackmail o phishing)».

⁴ SJCCA núm. 8, de 30 de diciembre de 2021 (143/2021).

satisface la necesidad de transparencia. La Audiencia Nacional desestimó el recurso, recalcando la argumentación basada en la conexión de los límites argüidos con la seguridad informática, en línea con el informe pericial aportado por la Administración demandada⁵. Además, el recurrente había invocado el artículo 9.3 CE, argumentando que la falta de intervención humana en el procedimiento hacía que no bastara conocer el análisis funcional de la aplicación, sino que requería acceder al código fuente. Para la Audiencia Nacional, el argumento carece de solidez: las decisiones que se adoptan, aunque se utilice instrumentalmente una aplicación informática, son actos administrativos plenamente fiscalizables⁶.

Planteado el recurso de casación, se identificó como cuestión de interés casacional la de «determinar la procedencia —o no— de facilitar el código fuente de la aplicación informática para determinar si se cumplen los requisitos para ser beneficiario del bono social».

II. EL OBJETO DEL DERECHO DE ACCESO. UNA SENTENCIA QUE NO VERSA SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

En un trabajo anterior al dictado de esta sentencia, pusimos de relieve que es necesario distinguir qué se entiende por inteligencia artificial a efectos jurídicos o, al menos, tener en cuenta la naturaleza de la aplicación informática sobre cuyo funcionamiento se solicita información. Como expresamos entonces, no existe consenso acerca de la propia definición de inteligencia artificial, ni una distinción en la mayoría de los trabajos entre «actuación administrativa automatizada» e «inteligencia artificial». La primera, exponíamos, tiene su campo de actuación en la actividad reglada, en que existe una programación normativa exhaustiva que a partir de un determinado supuesto de hecho conduce a una única decisión conforme al marco jurídico (p. ej., concesión de prestaciones sociales o de seguridad social, borrador

⁵ SAN de 30 de abril de 2024: «En efecto, la revelación del código aumenta de una manera objetiva la severidad de las vulneraciones de cualquier aplicación informática, más aún cuando se maneja información clasificada o sensible, no siendo exigible a la Administración que todas las aplicaciones que desarrolle lo sea con fuentes abiertas. Antes al contrario, un sistema informático ha de ser desarrollado sobre la base de unas garantías de seguridad en función de la sensibilidad de la información a la que da acceso; en el caso examinado, se podrían producir vulnerabilidades para acceder a las bases de datos conectadas con la aplicación que contienen datos especialmente protegidos, como la discapacidad o la condición de víctima de violencia de género del solicitante, los datos tributarios a la AEAT, de la Seguridad Social, etc. Y se pondría en riesgo la confidencialidad de la información tributaria, se posibilitaría la suplantación de los usuarios autorizados, la falsificación del consentimiento, etc.».

⁶ «Como dice el Abogado del Estado la aplicación informática no es más que una herramienta que se integra en el seno de un procedimiento administrativo que seguirá produciendo un acto administrativo plenamente sujeto al ordenamiento jurídico, de modo que el control de la legalidad de los actos administrativos sigue estando garantizado: la legalidad (o no) del acto administrativo no viene justificada por el uso de la aplicación informática sino por la adecuación al ordenamiento jurídico del acto producido».

del impuesto de la renta de las personas físicas). Introducidos los datos a los que se refiere el supuesto de hecho, el programa, que «vuelca» o «incorpora» la normativa aplicable, refleja la solución prevista en la norma. La validez de las decisiones así adoptadas depende de que se ajusten al ordenamiento jurídico, esto es, que traduzcan a lenguaje informático de forma correcta la regulación legal, lo que es perfectamente comprobable. El empleo de programas informáticos para estas tareas tiende a reducir errores y, si los hay, supone la invalidez de todos los actos dictados. Una modalidad de este tipo de actuación es la «automatización de decisiones que afectan a una multiplicidad de sujetos» (p. ej., gestionar concursos de traslados, seleccionar personas), siendo la única diferencia que para comprobar la legalidad de las decisiones adoptadas sí hay que conocer el funcionamiento del programa informático. Fuera de estos casos se ubicaría la auténtica «inteligencia artificial», que se utiliza, hoy, principalmente, para llevar a cabo predicciones algorítmicas (p. ej., determinar sujetos a inspeccionar, población de riesgo en materia sanitaria, de exclusión social, de suicidio, de fracaso escolar...), a partir de análisis y cruce de datos —referidos, claro está, al pasado—, de los que se «aprende». Se corresponde con ámbitos en que la Administración tiene un margen de decisión o apreciación y, por ello, la guía que le proporciona la aplicación influye o puede influir en el contenido de la decisión administrativa (que puede ser de diferente género: organizativo, de inspección, de decisión de inicio de procedimientos, de adopción de resoluciones...). En coherencia, no puede darse una respuesta única sobre el tema de la «calificación jurídica» del uso de programas informáticos, ni siquiera de aquellos que se inscriben propiamente en la «inteligencia artificial», pues depende de la función que desempeñe, si bien puede decirse que actualmente, en la mayor parte de los casos, actúa como un medio material al servicio de la actuación administrativa⁷. La consecuencia, defendíamos, entonces, es que allá donde el uso de la informática no hace más que traducir a lenguaje informático un «programa normativo» predeterminado, el acceso a los algoritmos y al código fuente no es en muchos casos necesario para comprobar la corrección del sistema; por el contrario, en los casos en que la inteligencia artificial, propiamente dicha, se utiliza de forma predictiva, puede ser necesario acceder a información sobre su funcionamiento, para comprobar si la facultad de apreciación o decisión se hace conforme a criterios de proporcionalidad, no discriminación..., sin que pueda suplirse mediante la comprobación «externa» de la corrección del sistema.

Pues bien, en la sentencia que ahora comentamos el Tribunal Supremo se ha cuidado de utilizar el término «inteligencia artificial» y de apelar a su normativa reguladora —la más importante de la cual, el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea— para abordar la procedencia o no de conceder acceso al código

⁷ «La transparencia de los algoritmos desde la normativa sobre transparencia y acceso a la información pública», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 117, 2024, pp. 77-115, pp. 78-79.

fuelle del programa BOSCO. Ha aludido, por el contrario, a la «actividad automatizada de la Administración a través de aplicaciones informáticas», y a la «actuación automatizada de la Administración en el ejercicio de sus competencias, a través de la cual se adopta una decisión», a los «sistemas de toma de decisiones automatizadas» e incluso ha desplegado una definición de conceptos apoyándose en la previamente acogida por el Consejo estatal de transparencia⁸, sin entrar en todo caso a calificar el programa BOSCO como una muestra de inteligencia artificial⁹.

⁸ «1.- Las actuaciones administrativas automatizadas deben ser entendidas como «cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público», tal y como se definen en el artículo 41.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. 2.- Los algoritmos incorporados a las aplicaciones o programas informáticos, según el Diccionario de la Real Academia Española, son un «conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema», es decir, un grupo finito de operaciones organizadas de manera lógica y ordenada que permiten alcanzar la solución a un problema determinado o realizar una tarea específica mediante un ordenador o computadora. De modo que funcionan mediante una cadena de instrucciones preestablecidas que determinan el seguimiento de unos determinados pasos programados hasta alcanzar el resultado pretendido. 3.- El código fuente del algoritmo expresa esas operaciones descritas en el lenguaje de la programación, es decir, es la traducción concreta de un algoritmo a un lenguaje de programación que puede ser entendido y ejecutado por un ordenador o computadora. De modo que constituye la representación escrita del algoritmo en un lenguaje de programación, sin perjuicio de que las operaciones así descritas resulten traducibles a lenguaje humano. Dicho de otra manera, empleando las palabras del Consejo de Transparencia, el código fuente es el archivo o conjunto de archivos que tienen un conjunto de instrucciones muy precisas, basadas en un lenguaje de programación, que se utiliza para poder compilar los diferentes programas informáticos que lo utilizan y se puedan ejecutar sin mayores problemas».

⁹ En este sentido, A. Huergo Lora, en «Juicio final» sobre «Bosco»: «Me parece muy significativo (y acertado) que la sentencia no hable una sola vez de «inteligencia artificial», ni mencione tampoco su regulación (Reglamento europeo 1689/2024), reconociendo implícitamente que (como sostuve en anteriores entradas) estamos hablando de otra cosa, concretamente, de un sistema informático que, al modo de una calculadora o del programa Renta Web, automatiza operaciones de comprobación del cumplimiento de requisitos reglados. Y digo que es bueno porque en estos momentos se mezcla todo y con frecuencia se mete en el mismo cajón distópico la desinformación provocada por las redes sociales, los sesgos de los sistemas de IA que pueden influir en la toma de determinadas decisiones... y la aplicación de sistemas como Bosco o Renta Web, que en realidad no aportan ningún criterio propio a la decisión administrativa porque son puramente instrumentales y únicamente aplican (con un 100 % de acierto o con algunos errores, eso es otra cosa) criterios previamente establecidos en una norma. Esto es lo que me interesa (una vez más) destacar. No es lo mismo un sistema informático que, de entre todas las decisiones posibles, recomienda una en función de criterios extraídos de los datos (como hacen los sistemas de IA que sí ayudan a tomar decisiones) que un sistema informático que efectúa cálculos en aplicación de reglas previamente introducidas por un humano (como hacen Renta web, Bosco o la aplicación que tiene cualquier Facultad para asignar estudiantes a grupos en función de la prioridad en la elección, el orden alfabético o el criterio que se haya establecido)». «La sentencia, llevada —en mi opinión— en exceso por este clima de opinión distópico, es deliberadamente ambigua sobre esta cuestión». Pero no podemos confundir unas cosas y otras, y decir que el acceso al código fuente es necesario para corregir actuaciones ilegales porque, cuando hablamos de sistemas automatizados como Bosco, su mal funcionamiento queda demostrado sin necesidad alguna de acceso, cuando a una persona que cumple los requisitos para el reconocimiento de un derecho le dicen que no los cumple, sin necesidad de saber, repito, en qué línea de código está la fuente del error. El acceso al código fuente es un

En todo caso, ha sentado que las aplicaciones o programas informáticos constituyen información pública, lo que, como habíamos señalado en un trabajo anterior, había sido negado por la Administración y no había sido argumentado por el tribunal de instancia y de apelación¹⁰, y que no son ni una norma ni un acto.

Por lo demás, el Tribunal Supremo no se ha planteado si son información meramente auxiliar o de apoyo para la toma de decisiones, en los términos de la causa de inadmisión de la LTAIPBG, pese a que él mismo califica la aplicación BOSCO de «una aplicación instrumental»¹¹.

III. LA NATURALEZA DEL DERECHO DE ACCESO. UNA SENTENCIA QUE SE APOYA EN UNA FUNDAMENTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES, NEGÁNDOLE, NO OBSTANTE, TAL CONDICIÓN AL DERECHO DE ACCESO, E INTRODUCE INNECESARIA Y ERRÓNEAMENTE UN FUNDAMENTO AÑADIDO EN EL PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN

La sentencia merece también un comentario en relación con un tema que ha suscitado largos debates, previos, coetáneos y posteriores a la aprobación de la LTAIPBG: la naturaleza iusfundamental o no del derecho de acceso a la información pública.

No podemos detenernos ahora en este tema, que ha sido objeto de nuestra atención por extenso en otros trabajos, a los que nos remitimos¹². A modo conclusivo, baste señalar lo siguiente. El legislador español, incluido el de la LTAIPBG y sus predecesores, ha venido entendiendo que el derecho de acceso a la información es un derecho constitucional de configuración legal reconocido en el artículo 105.b),

plus. En otros sistemas, una necesidad. En definitiva, es importante evitar la confusión porque hay otros sistemas en los que sí es imprescindible ese acceso para poder comprobar que se ha producido un error (sin perjuicio de que también cabe, incluso en los sistemas de IA, la “auditoría inversa”, es decir, demostrar un mal funcionamiento a partir de lo evidentemente inadecuado, o erróneo, o sesgado, de las respuestas del sistema, aunque no se pueda demostrar por qué, o cómo, se produce el error)». Por el contrario, J. Ponce Solé, «La sentencia ‘Bosco’: un punto –importante– y seguido, sostiene que: «En mi opinión, es perfectamente posible sostener que estamos ante un sistema de IA, de tipo simbólico, no estadístico».

¹⁰ «[...] no cabe duda de que las aplicaciones o programas informáticos —*software*— se encuentran bajo el ámbito material de la aplicación de la LTAIBG, pues constituyen información pública a tal efecto, resultando irrelevante cuáles sean sus características técnicas (formato) o el material en el que se registre (soporte), cuestión esta que no resulta controvertida».

¹¹ «Asiste la razón a la Abogacía del Estado cuando niega que la aplicación BOSCO tenga la naturaleza de un acto administrativo o de una disposición de carácter general de rango reglamentario, pues se trata de una aplicación instrumental para que las empresas comercializadoras de energía eléctrica puedan comprobar si el consumidor cumple con los requisitos previstos legal y reglamentariamente para tener la consideración de consumidor vulnerable».

¹² El más reciente y monográfico, «La naturaleza del derecho de acceso a la información pública», *Revista Española de la Transparencia*, núm. 18, 2023, pp. 17-49.

y no un componente de la libertad de información del artículo 20.1.d). Ello pese a que el TEDH, en una jurisprudencia evolutiva en torno al artículo 10 CEDH, que tuvo su punto de inflexión en los años previos a la aprobación de la LTAIPBG, considera incluido este derecho en la libertad de expresión siempre que concurren una serie de condiciones: que el solicitante desempeñe un papel especial en el flujo comunicativo (*watchdog*), que se trate de una información de interés público, que la finalidad de la solicitud sea su posterior divulgación y que la información esté disponible. Como entonces exponíamos, esta concepción lleva a una colisión con uno de los presupuestos fundamentales en que se basa el reconocimiento y la regulación del derecho de acceso a nivel mundial (Declaración Universal de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y europeo (en el caso del propio Consejo de Europa, con el Convenio 205; en el de la Unión Europea, con la CDFUE y con el Reglamento 1049/2001): su reconocimiento a todas las personas, y no sólo a los «mediadores profesionales» de la información y, en coherencia, la no exigencia de motivación de la solicitud ni la acreditación de interés legítimo alguno o de consignación de la finalidad para la que se pretende la información. En efecto, estas normas someten el ejercicio del derecho a límites tasados, en unos casos absolutos (sujetos al criterio del perjuicio), y en otros relativos (supeditados a que no concorra un interés público superior en la divulgación). En España, la LTAIPBG responde también a este perfil, salvo que, por excepción, cuando concurre un límite, se prevé que se pondere no sólo con el interés público de la información sino con el interés privado que pueda tener el solicitante, como dispone el artículo 14.2 y hemos criticado también en trabajos anteriores¹³.

Dicho de una forma directa, atendiendo al mandato del artículo 10.2 CE («Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»), la jurisprudencia española podría, bien alinearse con los textos internacionales y de la UE y reconocer el carácter iusfundamental del derecho de acceso, bien con el TEDH, reconociendo este carácter solo en los casos en que se cumplen una serie de condiciones, antes mencionadas, referidas tanto al sujeto que ejerce el derecho como a su objeto. Pero lo cierto es que no ha hecho ni una cosa ni la otra. En efecto, el Tribunal Supremo ha abordado la cuestión para negar el carácter de derecho fundamental al derecho de acceso a la información, de forma expresa, en tres sentencias de 2023 en que, además, concurrían claramente los presupuestos de la jurisprudencia del TEDH a los que hemos hecho alusión: *watchdogs* solicitando información existente de evidente interés público con la finalidad de darla a conocer

¹³ Por todos, en GUICHOT, E. y BARRERO RODRÍGUEZ, C., *El derecho de acceso a la información pública*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 205-207.

a la ciudadanía¹⁴. Y, además, ha sentado esta doctrina en casación, siendo así que se invocaba como norma a considerar, entre otras, el artículo 10 del CEDH. El Tribunal Supremo se ha mantenido firme en la afirmación de que, pese a la conexión con el artículo 20.1.d) CE, el derecho de acceso tiene su anclaje en el artículo 105.b) y, por ende, no es un derecho fundamental susceptible de ser tutelado por el procedimiento preferente y sumario y, en su caso, por el recurso de amparo constitucional. Esta afirmación se infiere de su configuración y ubicación sistemática en la Constitución, en el título IV CE «del Gobierno y la Administración», y al margen, en definitiva, de la previsión del artículo 53.2 de la CE, por mucho que pueda entrar en conexión con otros derechos, entre ellos la libertad de información. Por ello, «[...] ni puede convertirse al derecho del artículo 105.b) en un derecho fundamental, ni podemos extender la libertad de información del artículo 20.1.d) a cuestiones que resultan ajenas a la configuración y caracterización de este derecho fundamental»¹⁵.

Pues bien, en la sentencia que comentamos ahora, una vez más nos encontramos con un supuesto en que de forma evidente concurren los mencionados presupuestos: una fundación, Cívio, dedicada a la divulgación a la ciudadanía de información pública que solicita acceso a información relativa a la aplicación creada para gestionar nada menos que el bono social eléctrico, cuyo código fuente está disponible para la Administración que es la creadora y titular de la propiedad intelectual. Y, una vez más, la respuesta es la negativa a considerar el derecho de acceso; tampoco en esos casos, como integrante de la libertad de información, con remisión expresa a las sentencias precedentes de 2023 citadas.

Ahora bien, puesto que en este caso al Tribunal Supremo le «conviene» argumentar a favor del peso del derecho –al que tendrá que enfrentar a otros derechos, como la propiedad intelectual, o a otros bienes constitucionales– como la seguridad pública–, recalca esta vez, en lo que parece una inconsistencia, que, en el derecho internacional, «que opera como pauta interpretativa conforme al artículo 10.2 de la CE», el derecho tiene un reconocimiento como derecho fundamental porque lo es como integrante de la libertad de información en la normativa internacional y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos o, en el caso de la Carta de Derechos

¹⁴ SSTs de 7 de febrero de 2023 (rec. 8005/2021), y de 29 de mayo de 2023 (rec. 373/2022), en el asunto de la solicitud de información por Greenpeace sobre comercio de armas, y STS de 21 de abril de 2023 (rec. 350/2022), en el asunto de la solicitud de información por un periodista en relación con la votación telemática en el Congreso para elegir a los miembros de altas instituciones constitucionales.

¹⁵ SSTs de 7 de febrero de 2023 (rec. 8005/2021), y de 29 de mayo de 2023 (rec. 373/2022), en el asunto de la solicitud de información por Greenpeace sobre comercio de armas, y STS de 21 de abril de 2023 (rec. 350/2022), en el asunto de la solicitud de información por un periodista en relación con la votación telemática en el Congreso para elegir a los miembros de altas instituciones constitucionales.

Fundamentales de la Unión Europea, en tanto que derecho autónomo¹⁶. Es más, una clave resolutoria de la sentencia se encuentra justamente en la condición del sujeto que pide la información, la relevancia pública de la misma, la finalidad para la que se pretende y la existencia de dicha información. Esto es, justo en las condiciones establecidas por el TEDH para reconocer que una solicitud de acceso forma parte de la libertad de información, como por lo demás expresa y detalladamente reconoce¹⁷.

¹⁶ «Y, en el ámbito del derecho internacional, que opera como pauta interpretativa conforme al artículo 10.2 de la CE, es destacable tanto el reconocimiento expreso del derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental en sí mismo, cual sucede en el artículo 42 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde se dispone que: «Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte», como su vinculación y entendimiento instrumental del derecho a la libertad de expresión y a la información, como ocurre con el artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, según la Observación General CCPR/C/GC/34 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, pues aquel precepto que reconoce el derecho a la libertad de expresión «enuncia un derecho de acceso a la información en poder de los organismos públicos» (vid. párrafo 18), y con el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que reconoce el derecho a la libertad de expresión, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que lo interpreta, a la que haremos referencia más adelante».

¹⁷ Estima «transcendentes las características y la función atribuida a la aplicación BOSCO, así como el fin al que sirve, a la hora de ponderar la relevancia pública de la información a la que pretende acceder la Fundación Ciudadana Civio, que es una organización independiente y sin ánimo de lucro, cuya actividad responde a la vigilancia del funcionamiento de las instituciones públicas y de la gestión de los recursos públicos que llevan a cabo, así como la promoción de la información de los ciudadanos acerca de su funcionamiento, para lo cual persigue fomentar su transparencia. La relevancia pública de la información solicitada por la fundación recurrente se encuentra íntimamente vinculada a las características y el funcionamiento de la aplicación BOSCO pues el código fuente de dicha aplicación ha de responder a las disposiciones normativas que regulan los requisitos que deben cumplir los consumidores para el reconocimiento del bono social por ostentar la condición jurídica de consumidor vulnerable, traduciendo a lenguaje informático dichas normas con el objeto de posibilitar su cabal cumplimiento en la comprobación de la concurrencia de tales requisitos en los consumidores solicitantes del bono social. En esta ponderación nos remitimos, para evitar inútiles reiteraciones, a las consideraciones realizadas en el anterior fundamento de derecho para poner de manifiesto la prevalencia de los intereses que justifican el acceso a la información pública en la verificación del correcto funcionamiento de la aplicación telemática BOSCO, contrastando que la aplicación telemática es fiel a las previsiones normativas que establecen los requisitos necesarios para ser considerado consumidor vulnerable. Por otro lado, en la ponderación de intereses en liza, adquiere singular transcendencia ese interés de la fundación recurrente, dada la relevancia pública de la información objeto de la solicitud de acceso —el código fuente de la aplicación BOSCO—, en la medida en que su correcto funcionamiento y su sometimiento a los requisitos exigidos normativamente para obtener la condición de consumidor vulnerable resulta determinante para el reconocimiento del bono social, cuya proyección pública es de innegable magnitud, dada la finalidad que persigue: la protección de los consumidores que se encuentran en una situación social y económica más frágil y la lucha contra la pobreza energética. Además, la información objeto de acceso proporciona transparencia sobre los asuntos públicos y es relevante para la sociedad en su conjunto o, al menos, para una parte especialmente débil de la misma, lo que evidencia su interés público, con independencia de que la Fundación Ciudadana Civio sea una entidad privada [...] En efecto, en las circunstancias expresadas y ponderando los intereses en conflicto, el mero riesgo de eventuales perjuicios para el derecho de propiedad intelectual de las Administración pública, con motivo de su uso o

Esta última argumentación revela una seria contradicción con la negativa a reconocer siquiera en esas circunstancias el derecho de acceso, su naturaleza fundamental derivada de su integración en la libertad de información, pero también con su propia jurisprudencia. En efecto, en 2021, en un asunto en que un periodista de investigación solicitaba información de incuestionable interés público —datos sobre la seguridad de las infraestructuras ferroviarias— el Tribunal Supremo afirmó rotundamente que la condición de periodista no implica una diferente posición (más favorable) en el ejercicio del derecho y en la interpretación de los límites en relación a la de cualquier persona «no profesional» de la información, saliendo por cierto al paso de una interpretación contraria de la Audiencia Nacional¹⁸. Esta afirmación se encuentra

explotación no autorizada, como consecuencia del acceso al código fuente, por sí solo, no puede constituir causa de exclusión del derecho de acceso. En relación con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre este derecho, destacamos que la Fundación Ciudadana Civio desempeña funciones de vigilancia social asociadas a la guarda y custodia del Estado de derecho y, por ende, de la democracia, en la medida en que pretende velar por el correcto funcionamiento de las instituciones públicas y promover la información de los ciudadanos acerca de sí misma y la gestión de los recursos públicos. Se cumplen de este modo los presupuestos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha exigido para reconocer el derecho de acceso a información pública, que expone en su Sentencia 18030/11, de 8 de noviembre de 2016 (asunto *Maygar Helsinki Bizottság c. Hungría*): (i) propósito del acceso —la finalidad buscada debe generar debate público o contribuir a la labor de vigilancia de los poderes públicos—; (ii) naturaleza de la información —la información debe ser de interés público, es decir, que proporcione transparencia sobre los asuntos públicos o sea relevante para la sociedad en su conjunto—; (iii) rol del solicitante —debe tratarse de un solicitante que desempeñe funciones de vigilancia social asociadas a la guardia y custodia de la democracia (el TEDH entiende que cumplen estas condiciones los medios de comunicación y periodistas, pero también organizaciones no gubernamentales, investigadores académicos, escritores sobre materias de interés público, blogueros, influencers, etc.)—, y (iv) existencia y disposición de la información —la información debe estar disponible, sin que sea necesario acometer una labor de recopilación—. Este razonamiento lo aplica por remisión a la ponderación en relación con la seguridad pública: «En esta ponderación nos remitimos, para evitar inútiles reiteraciones, a las consideraciones realizadas en el anterior fundamento de derecho para poner de manifiesto la prevalencia de los intereses que justifican el acceso a la información pública».

¹⁸ Así, en la STS 454/2021, de 25 de marzo de 2021 (rec. 2578/2020). Un periodista solicitaba datos sobre inspecciones a puentes de ferrocarril. La SAN de 23 de diciembre de 2019 (58/2019), había considerado que «[C]uando el solicitante de información es un periodista deben redoblar estas cautelas para no interferir en la libertad de expresión y comunicación libre de información de los medios de comunicación, derechos fundamentales protegidos constitucionalmente». Para el Tribunal Supremo, «[...] no cabe sostener que la LTAIBG imponga una interpretación distinta de los límites al derecho al acceso en atención a la condición del sujeto que formule la solicitud. El Preámbulo de la LTAIBG (apartado III) ya señala que la titularidad del derecho de acceso a la información pública corresponde a «todas las personas», y en efecto, el artículo 12 LTAIBG define el ámbito subjetivo de aplicación de este derecho indicando que: «Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española, desarrollados por esta ley». Por tanto, la LTAIBG reconoce la titularidad del derecho de acceso a la información pública de forma muy amplia a «todas las personas», sin mayores distinciones, empleando una fórmula similar a la del Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos de 18 de junio de 2009, que en su artículo 2.1 señala que «cada Parte garantizará el derecho de cualquiera, sin discriminación de ningún tipo a acceder...» a los documentos públicos en posesión de las autoridades públicas. Esta amplia delimitación subjetiva es igualmente similar a la que resulta del artículo 105.b) de la CE, que reconoce «a los ciudadanos» el acceso a los archivos y registros ad-

en línea con la normativa internacional, comparada, europea y española, pero no con la jurisprudencia del TEDH, a la que ahora se remite, sin asumir las condiciones antedichas como claves para reconocer el carácter fundamental del derecho, sino como criterios de ponderación de un derecho constitucional diferente cuando entra en colisión con otros derechos y bienes públicos constitucionales.

El Tribunal Supremo, nos parece, en fin, está en este asunto «perdido en su laberinto», un laberinto del que, por lo demás, ha de reconocerse, no es fácil escapar, dada las contradicciones entre el derecho de la Unión Europea –derecho fundamental de todos los ciudadanos–, del Consejo de Europa –derecho de todas las personas en el Convenio, y solo de sujetos cualificados en la jurisprudencia del TEDH– y nacional –consagración autónoma *avant la lettre* en un artículo, el 105.b) CE, situado no en el título I sino en el IV. Una reforma constitucional o, al menos, un pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional, podrían ser las salidas más claras de ese laberinto.

Como hemos expresado en otro lugar, a nuestro juicio, el derecho de acceso a la información pública debe reputarse hoy un derecho fundamental en directa conexión con el principio del Estado democrático. Evidentemente, este derecho no tiene encaje en la concepción clásica de los derechos fundamentales como libertades frente a la intromisión pública, en la medida en que se trata de un derecho que requiere de una prestación, la transmisión de la información requerida, por parte de un obligado. Ahora bien, superada esta concepción clásica –entre otros, mediante el reconocimiento de la eficacia horizontal de determinados derechos fundamentales o de la inclusión en su objeto de obligaciones por parte de los poderes públicos respecto de algunos de ellos–, los catálogos de derechos más recientes han tendido a incluir en su seno el derecho de acceso a la información pública como un derecho autónomo, en particular, de la libertad de información. En el segundo decenio del tercer milenio, hay argumentos de peso para considerar que el acceso a la información es un derecho fundamental. Si en la jurisprudencia constitucional europea y americana, este derecho conecta directamente con el propio principio de Estado democrático, que precisa de una opinión pública informada, y esta afirmación se hace incluso respecto a información de menor e incluso discutible relevancia pública –por ejemplo, la rela-

ministrativos. Así pues, en la LTAIBG el derecho de acceso a la información pública se configura como un derecho reconocido a «todas las personas», sin que sus preceptos autoricen una diferente interpretación de los límites del derecho de acceso por razón de la profesión de la persona que solicite el acceso. Todo ello sin perjuicio, naturalmente, del reconocimiento efectuado de forma constante por el Tribunal Constitucional del papel innegable que desempeñan los medios de comunicación «...en orden a garantizar la plena eficacia del pluralismo como valor superior del ordenamiento reconocido en el artículo 1.1CE». (STC 58/2018, FD 7) y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en similares términos, del papel esencial que la prensa juega en una sociedad democrática, a la que le incumbe «comunicar, en cumplimiento de sus deberes y de sus responsabilidades, informaciones e ideas sobre todas las cuestiones de interés general».

tiva a la vida privada de los «famosos» –, ¡con cuánta mayor razón puede predicarse esto mismo de la información que posee la propia Administración relacionada con la gestión de los asuntos públicos!¹⁹

La argumentación del Tribunal Supremo incurre, a nuestro juicio, en la inconsistencia propia del razonamiento «por acumulación». En su afán por reforzar un derecho al que niega la condición de fundamental, para sin solución de continuidad interpretarlo conforme a la dogmática internacional y europea de la libertad de información, añade una referencia a la conexión del derecho con los principios de Estado democrático y de Estado de derecho y con el principio de participación²⁰, y, en consonancia, con los derechos fundamentales a la participación política, a la libertad de información y a la tutela judicial efectiva en conexión este último con el principio de legalidad²¹. Ahora bien, la conexión con el derecho de participación siendo

¹⁹ «La naturaleza del derecho de acceso a la información pública», *Revista Española de la Transparencia*, núm. 18, 2023, pp. 43-44.

²⁰ «El derecho de acceso a la información pública se reconoce, primariamente, en el artículo 105.b) de la Constitución Española que no solo incorpora un principio objetivo rector de la actuación de las Administraciones públicas, derivado de exigencias de democracia y transparencia, sino también un derecho subjetivo de las personas, ejercitable frente a las Administraciones, con sujetos, objeto y límites definidos en el propio precepto constitucional (vid. STC 164/2021, de 4 de octubre, FJ 3º). Derecho subjetivo que, si bien hemos advertido, no tiene la consideración de derecho fundamental en atención a su caracterización y ubicación sistemática en la Constitución [vid. SSTS de 7 de febrero de 2023 (rec. 8005/2021), FJ 5º; de 21 de abril de 2023 (rec. 350/2022), FJ 3º; y de 29 de mayo de 2023 (rec. 373/2022), FJ 3º], sí se configura como un derecho constitucional, con contenido propio y efectivo que ni el legislador, ni el aplicador de la norma pueden desconocer [vid. STC 18/1981, de 8 de junio, FJ 5º, y STS de 6 de junio de 2005 (rec. 68/2002), FJ 6º], cuyo ejercicio no cabe diferir o mediatizar por remisión al ejercicio de acciones procesales (vid. STC 164/2021, de 4 de octubre, FJ 3º), y que se encuentra estrechamente vinculado con la plena efectividad de otros principios y derechos constitucionales. En efecto, el reconocimiento constitucional de este derecho refleja una concepción de la información que obra en manos del poder público acorde con los principios inherentes al Estado democrático, en la medida que el acceso a los archivos y registros públicos implica una potestad de participación del ciudadano y facilita el ejercicio de la crítica del poder, y acorde al Estado de derecho, en cuanto dicho acceso constituye un procedimiento indirecto para fiscalizar la sumisión de la Administración a la ley y permitir con más eficacia el control de su actuación por la jurisdicción contencioso-administrativa [vid. SSTS de 30 de marzo de 1999 (rec. 6563/1994) y de 16 de diciembre de 2011 (rec. 4607/2009)]. Paralelamente, la jurisprudencia constitucional lo considera, junto con otros preceptos de la Carta Magna (artículos 9.2, 23.1, 27 apartados 5 y 7, 48, 125 y 129 de la CE), una de las diversas manifestaciones que contempla el texto constitucional del fenómeno participativo de los ciudadanos en las democracias actuales y al que ha sido especialmente sensible nuestro constituyente (vid. SSTC 119/1995, de 17 de julio, FJ 4º, y 175/2021, de 25 de octubre, FJ 4º). Verdaderamente, el derecho de acceso a la información pública trasciende a su condición de principio objetivo rector de la actuación de las Administraciones públicas, para constituir un derecho constitucional ejercitable, como derecho subjetivo, frente a las Administraciones, derivado de exigencias de democracia y transparencia, e inseparablemente unido al Estado democrático y de derecho que enuncia el artículo 1 de nuestra Constitución».

²¹ «Además, se trata también de un derecho constitucional subjetivo que presenta una íntima conexión con derechos fundamentales y libertades públicas, en la medida que su ejercicio puede condicionar la plena efectividad de estos, como el derecho de participación política (artículo 23 de la CE), el derecho a la libertad de información (artículo 20 de la CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la

argumentable no es ya tan directa —baste pensar que las causas y límites al derecho de acceso actúan en muchos casos justamente hasta tanto la decisión pública no ha sido adoptada—, como, menos aún lo es la conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva —nótese precisamente que el acceso por los interesados a la información relativa a los procedimientos en curso está excluido de su ámbito por la propia normativa de acceso a la información pública, y regulado por la normativa de procedimiento administrativo, y que la defensa ante los tribunales, incluido el acceso al expediente, se rige por las reglas de la normativa procesal contencioso-administrativa.

Item más, en su afán acumulativo de apoyos a la decisión ponderativa a favor del acceso al código fuente, el Tribunal Supremo apela en la sentencia que comentamos al principio de «buena administración»²². Toma como precedente una sentencia de 2024, que vinculó el derecho de acceso a la información pública con el principio de

CE). Esa estrecha vinculación se advierte, igualmente, con el principio de legalidad, materializado en el sometimiento de las Administraciones públicas a la ley y al derecho, y su salvaguarda mediante el control que los Tribunales ejercen sobre sus actuaciones, por cuanto favorece su eficaz fiscalización por la jurisdicción contencioso-administrativa».

²² «El principio de buena administración conduce también a una interpretación amplia y expansiva de este derecho constitucional, que conlleva una interpretación restrictiva de los límites oponibles al acceso a la información pública, con independencia de se exija su aplicación justificada y proporcionada, como examinaremos más adelante. Este principio fue objeto de tratamiento en nuestra sentencia de 30 de abril de 2025 (rec. 1100/2022) en los términos que resumimos a continuación. Se infiere de los artículos 9.3 —proclama la garantía constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos—, 103 —la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho— y 106 de la CE —los Tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican. Estos mandatos constitucionales tienen su reflejo en el artículo 3.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, conforme al cual las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la ley y al derecho, y deberán respetar en su actuación y relaciones, entre otros, los principios de buena fe, confianza legítima y lealtad institucional. Además, el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que fue proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 en Niza (DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010), ha consagrado como un derecho fundamental de la Unión Europea el derecho a la buena administración. Por último, el principio de buena administración ha sido objeto de tratamiento jurisprudencial, en diversas sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo, de las que destacamos la Sentencia núm. 1752/2022, de 23 de diciembre de 2022 (Rec. 1763/2021) que cita otros muchos precedentes jurisprudenciales, donde hemos enfatizado su efectividad, en la medida en que del mismo una serie de derechos de los ciudadanos con plasmación efectiva, y hemos precisado que no se trata, por tanto, de una mera fórmula vacía de contenido, sino que se impone a las Administraciones públicas de suerte que a dichos derechos sigue un correlativo elenco de deberes a estas exigibles, entre los que se encuentran, desde luego, la transparencia y el acceso a la información pública.

transparencia administrativa y el derecho a una buena administración reconocido en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea²³.

La referencia es, en nuestra opinión, desgraciada desde una perspectiva general y desde una singular en referencia al derecho de acceso a la información.

-Desde una perspectiva general, en relación con la cada vez más frecuente mención a este principio en la jurisprudencia, porque el derecho a una buena administración es, a nuestro juicio, una innecesaria y peligrosa importación del derecho de la Unión Europea, donde se consagró en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales como forma de suplir una carencia, la de una normativa procedimental general que establezca el catálogo de derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración, consagrando una serie de principios y derechos –imparcialidad, plazo razonable, audiencia, acceso al expediente, motivación, indemnización por daños– que tienen en nuestro derecho un anclaje constitucional –destacadamente, en los artículos 9.3, 24, 103.1 y 3, 105, 106.2 CE–, han sido desarrollados en la normativa de régimen jurídico y de procedimiento administrativo y han sido objeto de innumerables pronunciamientos judiciales que han perfilado sus contornos. Innecesaria, por tanto, pero también peligrosa, por cuanto, por ser utilizada como cláusula genérica (derecho a que se administre bien), otorga al juez un poder de apreciación difícil de casar con nuestra tradición de control judicial vinculado a la ley²⁴.

²³ STS 940/2024, de 29 de mayo de 2024 (rec. 1262/2023): «El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos recogido en el artículo 105.b) de la Constitución Española, constituye una manifestación del principio de transparencia administrativa y, junto a otros, integra el contenido de uno de los llamados «derechos de última generación», el derecho a una buena administración contenido en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuando en su párrafo 2 dispone el derecho a la buena administración incluye, en particular: «b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial».

²⁴ Entre la doctrina, sin duda el autor que más se ha ocupado de este principio y defendido su reconocimiento en derecho español es J. Ponce Soler. Comentando esta sentencia, en «La sentencia 'Bosco': un punto –importante– y seguido», pone de relieve que el Tribunal Supremo «[...] deja clara una cuestión que va a ser de interés sin duda de cara a futuros casos: el papel del principio de buena administración respecto a la transparencia algorítmica y el derecho de acceso.... He aquí una afirmación que sin duda tendrá impacto en futuros casos. La diligencia debida o debido cuidado, como componente esencial del principio constitucional y del derecho a una buena administración, derecho reconocido en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, en diversos Estatutos de Autonomía y en la legislación, exigirá una ponderación cuidadosa por la Administración de los límites al derecho de acceso, que deberán ser interpretados restrictivamente, siendo por defecto el acceso al código fuente la solución a adoptar, salvo que se fundamente y justifique intensamente lo contrario. Por otro lado, el principio y derecho a una buena administración tiene una estrecha conexión, aunque sea distinto, con el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y la necesidad de motivación de las decisiones administrativas, automatizadas o no [...]». Crítico, A. Huergo Lora, en «Juicio final» sobre «Bosco»: la sentencia del Tribunal Supremo: «Como es cada vez más frecuente, la sentencia se basa en la ponderación. Es una decisión muy extensa (ochenta páginas en

-Desde una perspectiva más específica, porque su invocación en relación con el acceso por terceros a la información es, nos parece, errónea. La sentencia remite al artículo 41.2.b), que se refiere a «el Derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial», esto es, al acceso a la información que les afecte por los interesados –misma lógica en la que se sitúa la imparcialidad y el plazo razonable en la resolución de un asunto, la audiencia, la motivación o la indemnización por daños-. Por el contrario, como se dijo, el derecho de acceso está reconocido en el artículo 42, en otra lógica, como derecho de ciudadanía para el control democrático, y, por ello, extendido a «todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro». De la misma manera, el derecho del interesado a acceder a su expediente es un derecho regulado en España en la normativa de procedimiento y conectado instrumentalmente con el derecho a la tutela judicial efectiva, ajeno a la lógica de profundización democrática del artículo 105.b) CE y de la LTAIPBG, que no exige acreditación de interés alguno, y expresamente excluido por su disposición adicional primera²⁵.

IV. LÍMITES AL DERECHO. UNA SENTENCIA QUE MODULA A FAVOR DEL ACCESO LA DOCTRINA GENERAL EN LOS CASOS DE APLICACIONES INFORMÁTICAS APLICADAS PARA EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS SOCIALES

La Sentencia que comentamos parte de la dogmática general sobre los límites al derecho de acceso, su apreciación reglada, su necesaria interpretación restrictiva y la facultad de los tribunales para conocer de la concurrencia de límites invocados por

su versión oficial, algo sin duda desusado para una sentencia del TS en general y, sobre todo, hasta hace pocos años, máxime no habiendo votos particulares) en la que se dedica un espacio considerable a enumerar (acumular) principios jurídicos aplicables o relacionados, algunos de ellos muy genéricos, como el de buena administración. Principios que se utilizan como punto de apoyo para interpretar de manera restrictiva las excepciones al derecho de acceso. La ponderación es una técnica imprescindible en muchos casos, pero que también favorece la discrecionalidad (en este caso, judicial) y reduce la previsibilidad, que es un valor jurídico. De aquí a lo que Max Weber llamaba “justicia del *cadi*” (concepto que recordaba con frecuencia el profesor García de Enterría) va un paso».

²⁵ La Exposición de Motivos de la LTAIPB es expresiva: «La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos [...] El capítulo III configura de forma amplia el derecho de acceso a la información pública, del que son titulares todas las personas y que podrá ejercerse sin necesidad de motivar la solicitud».

vez primera en la contestación de la demanda²⁶ e, incluso, apreciados de oficio por el propio tribunal juzgador, dando en este caso audiencia a las partes²⁷. Ahora bien, advierte de que las consideraciones extraídas de la doctrina general jurisprudencial sobre el derecho de acceso y sus límites han de ser «[...] matizadas por las peculiaridades que implica el hecho de que su objeto sea una aplicación informática de decisiones automatizadas de la Administración pública y la singularidad de que sea destinada al reconocimiento de derechos sociales». Esto es, avanza ya una interpretación singularmente favorable a la transparencia en estos casos que retomará, como veremos, en la ponderación entre el daño que la revelación puede causar a los bienes protegidos por los límites concurrentes y el interés público superior en su revelación²⁸, y apunta un elemento que será clave, como también notaremos: que este juicio está condicionado por la falta absoluta de motivación de las decisiones adoptadas como consecuencia del empleo del programa BOSCO²⁹.

²⁶ Artículos 56 y 60.2 LJCA.

²⁷ Artículos 33.2 y 65.2 LJCA.

²⁸ «La configuración del derecho de acceso a la información pública que hemos expuesto adquiere especial relevancia ante los riesgos que entraña el uso de las nuevas tecnologías en el ejercicio de las potestades públicas o la prestación de servicios públicos, como ocurre con el empleo de sistemas informáticos de toma de decisiones automatizadas en la actividad de las Administraciones públicas, especialmente, cuando, como aquí acontece, tienen por objeto el reconocimiento de derechos subjetivos de los ciudadanos y, más aún, cuando se trata de derechos de carácter social, atribuibles a los ciudadanos más desfavorecidos o necesitados de protección. Desde luego, no cabe cuestionar la conveniencia de que las Administraciones públicas recurran a sistemas de toma de decisiones automatizadas para el eficaz desempeño de sus funciones o la adecuada prestación de servicios públicos. No obstante, ello debe conllevar exigencias de transparencia de los procesos informáticos seguidos en dichas actuaciones, con el objeto de proporcionar a los ciudadanos la información necesaria para su comprensión y el conocimiento de las características básicas de su funcionamiento, lo que puede requerir el acceso a su código fuente. Surge así, con motivo de la actividad administrativa automatizada, el llamado principio de «transparencia algorítmica», que impone a las Administraciones públicas obligaciones de información pública para facilitar el acceso de los ciudadanos, en mayor o menor medida, a las características fundamentales de los algoritmos empleados en la toma de decisiones o su código fuente, como una manifestación del principio de transparencia, consagrado constitucionalmente (artículo 105.b) de la CE). En íntima conexión con este principio aparece un concepto de mayor amplitud: «democracia digital o electrónica». Nace como consecuencia del uso de las tecnologías digitales por los gobiernos y los ciudadanos, y su desarrollo pretende fortalecer las prácticas democráticas tradicionales. La democracia digital no solo es una extensión tecnológica de la democracia representativa, sino que también es el fruto de una auténtica transformación estructural en el funcionamiento democrático de los Poderes públicos, caracterizada por la vigencia de los principios de transparencia, participación y rendición de cuentas en un entorno digital, donde el acceso a la información pública y la transparencia algorítmica ocupan un papel esencial para garantizarla. En este nuevo contexto digital democrático se impone a los Poderes públicos la obligación, entre otras, de explicar de forma comprensible el funcionamiento de los algoritmos que se emplean en la toma de decisiones que afectan a los ciudadanos para permitirles conocer, fiscalizar y participar en la gestión pública».

²⁹ «En esta ponderación de derechos e intereses no pueden desdeñarse los riesgos de seguridad que pudiera generar el acceso de terceros al código fuente del algoritmo del sistema informático por las vulnerabilidades que entraña. Pero tampoco puede soslayarse que estos riesgos, por lo general, pueden ser previstos, lo que posibilita el diseño de la aplicación o programa informático fortaleciendo la seguridad del

V. EL TEST DEL DAÑO. UNA SENTENCIA QUE APOYA SU RAZONAMIENTO PRINCIPAL EN EL LÍMITE DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, PERO EN REALIDAD ENFOCADA EN EL DE LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LOS AFECTADOS

Como vimos en el primer epígrafe, la resolución del CTBG se centró en el límite de la propiedad intelectual, enfoque que marcó también la aproximación de los tribunales inferiores y ocupa la mayor extensión en el argumentario del propio Tribunal Supremo. En realidad, creemos que no constituye la clave del razonamiento judicial en clave de ponderación, que viene a apoyarse más bien en centrarse en los riesgos para la seguridad de los sistemas de información y, por ende, para la efectividad de la actuación administrativa y las garantías del derecho al que sirve la aplicación informática y la protección de datos de los afectados, como ya apuntamos en un trabajo anterior³⁰. Como allí exponíamos, en todos los asuntos relacionados con el acceso a códigos fuente, incluido este, la argumentación de la Administración ha girado en torno a la idea de que dar acceso a los códigos fuentes o a información detallada de los algoritmos puede poner en peligro la «seguridad informática» –límite que por cierto fue incorporado expresamente a la normativa de transparencia francesa en 2017–, límite que conecta con el relativo a la «seguridad pública». Además, si el conocimiento de la información puede posibilitar una «brecha» del sistema, con el «hackeo» de datos personales, este límite también puede estar en juego. Ambos han sido también analizados en la sentencia que comentamos. Y es que, en efecto, en lo relacionado con la propiedad intelectual, su actuación como límite cuando se trata de acceder al código de un *software* desarrollado por la propia Administración nos parece, en efecto, endeble. No porque la creación no esté sujeta a derechos de propiedad intelectual, tema debatido en el curso de este asunto, pero que puede considerarse ya superado con la afirmativa³¹. Sino porque, como hemos sostenido en otros trabajos,

sistema, con su consiguiente minimización. Por otro lado, la interpretación y ponderación de los límites del derecho de acceso a la información pública, particularmente, sobre una aplicación informática de toma de decisiones automatizadas, que esta Sala llevará a cabo a continuación, se encuentra condicionada al hecho de que ese funcionamiento automatizado sirve de soporte al reconocimiento o denegación de derechos sociales, arrojando un resultado positivo o negativo, sin exteriorizar las razones de dicho resultado. Por lo demás, en estos casos la transparencia de las aplicaciones informáticas o del proceso tecnológico seguido por el sistema informático adquiere singular relevancia para garantizar el adecuado control de la gestión pública, al brindar a la ciudadanía la información necesaria acerca del proceso seguido en la toma de decisiones para su comprensión, así como para comprobar su adecuación a las normas cuya aplicación debe regir su funcionamiento».

³⁰ «La transparencia de los algoritmos desde la normativa sobre transparencia y acceso a la información pública», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 117, 2024, pp. 77-115, pp. 104-105.

³¹ En esta sentencia, el Tribunal Supremo descarta que sea de aplicación el artículo 13 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), conforme al cual: «No son objeto de propiedad intelectual las disposiciones legales o

la transparencia debe primar sobre la confidencialidad de la propiedad intelectual de la creación realizada por la propia Administración con dinero público, no habiendo en juego aquí un «interés comercial», en el sentido de la normativa que lo regula, esto es, cuya divulgación suponga un menoscabo de la posición en el mercado del autor respecto de sus competidores, que es precisamente lo que se trata de proteger con este límite, muestra muy significativa de lo cual es que el límite de los intereses económicos y comerciales engloba la tutela de la propiedad intelectual en el propio Convenio europeo de acceso a los documentos públicos en que se inspira literalmente la regulación de los límites en la LTAIPBG³². Pues bien, en estos casos no se da ese presupuesto, por lo que el límite no debería jugar, más allá, acaso, de la protección frente a una pretendida apropiación de los derechos de autor por el solicitante de información.

En relación con la propiedad intelectual, la ponderación efectuada por el Tribunal Supremo pone en un lado de la balanza la importancia de conocer el código para controlar la corrección, de la programación utilizada para decidir la procedencia de reconocer una prestación social para personas vulnerables, esto es, su conformidad con la legalidad, sin discriminaciones ni sesgos, siendo esta forma de conocimiento la única que permite ese control, en ausencia de autoridades de supervisión independientes que lo garanticen³³, y, en el otro platillo, la protección de

reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores», dado que no se trata de un acto o una norma, sino de un programa de ordenador, creaciones expresamente incluidas en el ámbito de protección de la propiedad intelectual por los artículos 10.1.i) y 95 y siguientes del TRLPI y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en interpretación del artículo 1 de la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador.

³² Véanse la Directiva (UE) 2016/943, del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas. Esta norma en realidad, hace suya la definición presente en un texto internacional, el artículo 39.1 del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADEPIC) de 1994. La Directiva fue traspuesta por la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales.

³³ «Ciertamente, el progresivo desarrollo e implantación de la Administración electrónica y el uso creciente de aplicaciones informáticas destinadas a la gestión de servicios públicos, con evidente trascendencia en los derechos de los ciudadanos, en la medida que determinan o condicionan el reconocimiento o denegación de derechos y prestaciones públicas, es decir, que operan como fuente de decisiones automatizadas, conlleva que la configuración y uso de los algoritmos en dichas aplicaciones adquieran una relevancia decisiva y exijan su transparencia. Como es lógico, la explicabilidad de las aplicaciones informáticas, así como de los algoritmos que las sustentan, utilizadas por las Administraciones públicas, es objeto de una creciente demanda ciudadana, como condición inexcusable para preservar la rendición de cuentas y la fiscalización de las decisiones de los poderes públicos y, en último término, como garantía efectiva frente a la arbitrariedad o los sesgos discriminatorios en la toma de decisiones total o parcialmente automatizadas. Así es, en el caso de actuaciones administrativas automatizadas, el acceso al código fuente posibilita la

la propiedad intelectual, cuando la Administración es la creadora y no compete en el mercado empresarial, y que a lo sumo podría llevar a dar acceso a la información con la advertencia cautelar de que el código no puede ser difundido o utilizado para otras finalidades sin la autorización expresa de la Administración, la advertencia expresa de la responsabilidad en que puede incurrir el solicitante de acceso por el incumplimiento de esa prohibición, la firma de un compromiso de uso limitado de la información recibida o la imposición de un deber de reserva o confidencialidad respecto de la información consultada³⁴. La ponderación parece razonable, si bien hay que advertir que la LTAIPBG no prevé una «modalización» o «condicionamiento» en la entrega de información. Y, además, que la situación será bien distinta cuando

comprobación de la conformidad del sistema algorítmico con las previsiones normativas que debe aplicar, pues la motivación — parametrizada — de la decisión administrativa que tiene lugar, reside en el diseño de los parámetros que determinan ese código fuente. Observación que adquiere singular importancia ante el hecho de que las exigencias de motivación de los actos administrativos sean predicables también de las actuaciones administrativas automatizadas, en aplicación del artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Por todo ello, en estas circunstancias evitar la opacidad del algoritmo o el código fuente se muestra consustancial al Estado democrático de derecho, sujeto al principio de transparencia, y refuerza la confianza ciudadana en el correcto funcionamiento de las Administraciones públicas. Estas últimas reflexiones adquieren especial importancia en un escenario regulatorio como el actual, donde no existen autoridades de supervisión independientes que garanticen el correcto funcionamiento de dichas aplicaciones telemáticas, lo que, dejando al margen el ejercicio de acciones judiciales, reduce notablemente las posibilidades de su fiscalización por los ciudadanos, en general, o por aquellos que se vean afectados por sus resultados, haciendo depender su eficacia del acceso al algoritmo o código fuente de la aplicación».

³⁴ «Por último, no puede obviarse que la protección jurídica que proporciona la propiedad intelectual —opuesta como límite al acceso por la Abogacía del Estado— y, particularmente, las facultades patrimoniales que integran el derecho de autor, viene justificada, en esencia, por la necesidad de defender y remunerar el trabajo y valor añadido que aporta el creador, así como la inversión de recursos de diversa naturaleza efectuada a tal efecto, otorgando un monopolio de disposición y explotación temporal que permita recuperar los costes incurridos e incentive su continuación como elemento fundamental del progreso cultural y técnico. Sin embargo, dichas finalidades se presentan notoriamente atenuadas cuando, como sucede aquí, el programa de ordenador ha sido creado por la propia Administración Pública, que es la titular de la propiedad intelectual, por mandato de la normativa del sector eléctrico para el ejercicio de competencias públicas y dirigida a servir a intereses igualmente públicos, no encontrándose, en consecuencia, integrada —o no, al menos, principalmente— en la lógica competitiva del mercado donde se proyectan con especial significación los derechos de explotación de la propiedad intelectual. Por todo lo expuesto, en la ponderación de intereses en juego que hace esta Sala, se otorga prevalencia al interés en el acceso al código fuente de la aplicación telemática BOSCO sobre el derecho a la propiedad intelectual de la Administración del Estado y los eventuales perjuicios que pudieran dimanar de dicho acceso como consecuencia de su explotación no autorizada por terceros; perjuicios cuyo riesgo fácilmente puede ser minimizado sometiendo el acceso a determinadas cautelas, como, por ejemplo, la prohibición de la difusión o la utilización del código fuente para otras finalidades sin la autorización expresa de la Administración, la advertencia expresa de la responsabilidad en que puede incurrir el solicitante de acceso por el incumplimiento de esa prohibición, la firma de un compromiso de uso limitado de la información recibida o la imposición de un deber de reserva o confidencialidad respecto de la información consultada».

se trate de creaciones de terceros, y que pueden ver desprotegido su *know-how* con una publicidad tal.

En realidad, como decíamos, en estos casos es el límite de la seguridad informática, entendida como una faceta de la seguridad pública ampliamente definida por la ley y conectada en su caso con la protección de datos, la que tiene auténtico peso³⁵. Además, si el conocimiento de la información puede posibilitar una «brecha» del sistema, con el «hackeo» masivo de datos personales, este límite también puede estar en juego.

En lo que hace a la seguridad pública, la sentencia no descarta que pueda prevalecer sobre la transparencia. Es más, la línea resolutoria general del propio CTBG y de los tribunales, al igual que ocurre en el Derecho comparado, es considerar que una vez detectado un riesgo para la seguridad, prevalece en la ponderación casi indefectiblemente la protección de este bien público frente a la importancia del conocimiento público de la información en cuestión. Lo que ocurre es que, *en este caso concreto*, no considera probado el perjuicio a la seguridad invocado, basado en informes genéricos y no específicos referidos a la aplicación BOSCO. Entra así el Tribunal Supremo en el terreno de la valoración de la prueba, vedado en sede casacional. Recuérdesse que en la instancia y la apelación se tuvieron en cuenta dos informes, el del Subdirector General de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, la unidad técnica que gestiona el sistema de información BOSCO, y el informe emitido por el Centro Criptológico Nacional, dependiente del Centro Nacional de Inteligencia del Ministerio de Defensa. Este último, titulado «Informe técnico sobre el incremento de riesgo asociado a la revelación del código fuente de las aplicaciones informáticas» —nótese, no referido

³⁵ Como apuntábamos en «La transparencia de los algoritmos desde la normativa sobre transparencia y acceso a la información pública», Revista Andaluza de Administración Pública, núm. 117, 2024, pp. 77-115, pp. 104-106, en España el concepto de «seguridad nacional» puede extraerse del contenido de la Exposición de Motivos y del artículo 3 de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, que lo define como «la acción del Estado dirigida a proteger la libertad y el bienestar de sus ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos», que abarca la ciberseguridad, y, de hecho, sus marcos políticos estratégicos de referencia son la Estrategia de Seguridad Nacional y la Estrategia de Ciberseguridad Nacional. Es, por tanto, un concepto amplio, tangente unas veces y secante otras, de la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad pública o la seguridad económica, a la que alude en su artículo 10 la propia ley citada, y que conecta con el límite de la política económica. Por su parte, el concepto de «seguridad pública» se encuentra en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, cuyo Preámbulo alude a la seguridad ciudadana como la garantía de que los derechos y libertades reconocidos y amparados por las constituciones democráticas puedan ser ejercidos libremente por la ciudadanía y no meras declaraciones formales carentes de eficacia jurídica, y cuyo artículo 3 establece del modo más amplio los fines de la Ley y de la acción de los poderes públicos en su ámbito de aplicación, que incluyen, en suma, la tutela de los bienes públicos y privados protegidos por los límites al derecho de acceso.

específicamente a la aplicación en cuestión— concluía que «la revelación del código fuente aumenta de una manera objetiva la severidad de las vulnerabilidades de cualquier aplicación informática. Si esta además maneja información clasificada o sensible de la Administración, el conocimiento del código fuente aumenta el riesgo de que la explotación de las vulnerabilidades pueda afectar a la seguridad nacional, la seguridad pública o la seguridad jurídica de los administrados». La Audiencia Nacional, en línea con el informe pericial aportado por la Administración demandada, subrayó que «en efecto, la revelación del código aumenta de una manera objetiva la severidad de las vulneraciones de cualquier aplicación informática, más aún cuando se maneja información clasificada o sensible, no siendo exigible a la Administración que todas las aplicaciones que desarrolle lo sea con fuentes abiertas. Antes al contrario, un sistema informático ha de ser desarrollado sobre la base de unas garantías de seguridad en función de la sensibilidad de la información a la que da acceso; en el caso examinado, se podrían producir vulnerabilidades para acceder a las bases de datos conectadas con la aplicación que contienen datos especialmente protegidos, como la discapacidad o la condición de víctima de violencia de género del solicitante, los datos tributarios a la AEAT, de la Seguridad Social, etc. Y se pondría en riesgo la confidencialidad de la información tributaria, se posibilitaría la suplantación de los usuarios autorizados, la falsificación del consentimiento, etc.».

Pues bien, pese a reconocer que la apreciación fáctica de la instancia y de la apelación no es susceptible de ser sometida a revisión en sede casacional, dada la exclusión de este recurso de las cuestiones de hecho, *ex* artículo 87 bis de la LJCA, el Tribunal Supremo considera que esta afirmación no le impide entrar a ponderar él mismo, ante lo que a su juicio es una «ausencia de juicio de proporcionalidad y ponderación de los intereses en juego en la motivación de la sentencia recurrida, donde se omite razonamiento alguno sobre el particular, lo que vulnera el artículo 14.2 de la LTAIBG y priva de justificación alguna la trascendencia otorgada por esa sentencia a los riesgos de vulnerabilidad». Estima que la afirmación general en el informe del Centro Criptológico Nacional, de que la revelación del código fuente aumenta de una manera objetiva la severidad de las vulnerabilidades de cualquier aplicación informática, es decir, se trata de un riesgo inherente al acceso al código fuente, con carácter general, dada por buena por la instancia, carece de un examen del caso concreto y llevaría a la denegación sistemática del acceso al código fuente, sin la ponderación exigida por la LTAIPBG. De este modo, lleva a cabo él mismo la ponderación del límite de la seguridad pública y, como consecuencia del mismo, indirectamente, del límite del derecho a la protección de datos personales especialmente protegidos que, como consecuencia de las vulnerabilidades que genera el acceso al código fuente de la aplicación BOSCO, pudieran verse comprometidos o resultar accesibles para terceros. El Tribunal Supremo parte de que la información pública a

la que se ha solicitado el acceso —el código fuente de la aplicación informática BOS-CO— no contiene o incluye datos personales de los ciudadanos solicitantes de bono social pues quedan completamente al margen del acceso a la información pública, de lo que deriva que, en consecuencia, no cabe apreciar el límite al acceso a la información pública relativo a la protección de datos de carácter personal, «sin perjuicio de que en la evaluación de los riesgos para la seguridad pública se pueda contemplar también el eventual riesgo de acceso fraudulento a datos de esa naturaleza». En realidad, este razonamiento es un tanto endeble, pues ambas cuestiones están claramente conectadas, en la medida en que el riesgo de «hacking» se refiere al programa en sí y a la conexión con bases de datos que revelan vulnerabilidad, lo que responde al concepto de «seguridad informática», a la que expresamente se alude en la sentencia. La ponderación se hace por remisión a la desarrollada en relación con la propiedad intelectual, lo que no tiene sentido, o solo lo tiene si se entiende que se refiere solo al primer platillo de la balanza, el del interés público de la información³⁶. A ello añade que «[...] aun cuando en abstracto el acceso al código fuente de un programa pudiera incrementar potencialmente algunos riesgos sobre la seguridad informática de la aplicación, también cabe afirmar, en sentido contrario, que la transparencia sobre el mismo puede contribuir, en iguales términos potenciales, a la mejora del código y fortalecimiento de su seguridad puesto que, por un lado, incentiva a la Administración a extremar las cautelas de seguridad en el propio diseño y control del programa informático y, por otro lado, su escrutinio por actores diversos e independientes permite aflorar vulnerabilidades inicialmente inadvertidas y posibilitar su corrección temprana», y alude las licencias de código abierto. Aquí hay, creemos, una endeblez argumentativa, puesto que, si bien es cierto que estas licencias permiten la mejora por los usuarios, no parece que el sistema de «mejora colaborativa» —siguiendo el modelo descrito por E. Raymond, el inventor de Linux, según el cual «con suficientes ojos pendientes, cualquier fallo puede solventarse»— o de «error y parche», deba aplicarse nada menos que a un sistema de reconocimiento de ayudas —en forma de bono social— que conecta con bases de datos personales y que, por ello, puede originar graves consecuencias en caso de manipulaciones o filtraciones. A ello el Tribunal le suma el argumento de que el examen normativo más allá de la LTAIPBG muestra que la ocultación del código fuente no es un «principio general y categórico de seguridad

³⁶ Como lo muestra la propia argumentación: «Resta, por tanto, ponderar los riesgos que para la seguridad pública entraña el acceso al algoritmo con el interés de la Fundación Ciudadana Civio en el acceso solicitado, ponderación en la que resulta relevante el grado de vulnerabilidad inherente a aquel acceso y el peligro que pudiera suponer para el acceso no consentido a los datos personales de solicitantes del bono social, por un lado, y la relevancia pública de la información y el legítimo interés de la fundación al acceso, por otro lado. En esta ponderación nos remitimos, para evitar inútiles reiteraciones, a las consideraciones realizadas en el anterior fundamento de derecho para poner de manifiesto la prevalencia de los intereses que justifican el acceso a la información pública».

de los sistemas informáticos»³⁷. Tras «constatar» que el acceso puede contribuir al fortalecimiento de la seguridad y que no hay un principio general de ocultación del código fuente, entronca la relevancia, hace hincapié en la ausencia de motivación de las denegaciones, que pugna contra la necesidad de confianza de los ciudadanos en las instituciones y de eficacia de la actuación pública, y de salvaguarda de los principios de legalidad, igualdad y otros derechos constitucionales, la participación en la toma de decisiones, el fortalecimiento de la democracia y la generación de confianza en las instituciones públicas en un mecanismo tan relevante pública y socialmente como el bono social eléctrico³⁸. La consecuencia es que el juicio ponderativo se inclina a favor del acceso al código fuente como único medio que permite comprobar la corrección de la traducción a lenguaje informático de la programación legal³⁹. Como

³⁷ Alude al respecto al Reglamento (UE) 2024/903 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de marzo de 2024 por el que se establecen medidas a fin de garantizar un alto nivel de interoperabilidad del sector público en toda la Unión – que se refiere al acceso de información entre sujetos públicos–, al artículo 157.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y la posibilidad que contempla de declarar determinadas aplicaciones de las Administraciones como de fuentes abiertas para aumentar la transparencia en su funcionamiento o fomentar la incorporación de los ciudadanos a la Sociedad de la información o a la normativa sobre protección de datos –que en realidad, como reconoce el Tribunal Supremo, se expresa en términos de «explicabilidad», «pero tampoco queda en todo caso excluido ni se contrapone necesariamente con la seguridad en el tratamiento de los datos personales», o al artículo 23 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación que, en orden a tutelar el derecho de igualdad, que «contiene también principios favorables a la transparencia de los algoritmos empleados en la toma de decisiones por las Administraciones Públicas», pero que en realidad alude a la «transparencia en el diseño».

³⁸ «Existen otros intereses de alta significación jurídica relacionados con la participación en la toma de decisiones, el fortalecimiento de la democracia, la efectividad de otros derechos constitucionales, la generación de confianza en las instituciones públicas y el aumento de la eficiencia y eficacia de la actuación pública que deben también tutelarse y tomarse en justa consideración en la ponderación que exige la Ley». «En este punto, es oportuno volver a traer a colación las consideraciones, ya desarrolladas en el fundamento jurídico anterior, sobre la relevancia pública y social del bono social eléctrico, en cuanto instrumento de protección de los consumidores que se encuentran en una situación social y económica más frágil frente a la pobreza energética [...] Todas estas circunstancias justifican, en opinión de esta Sala, la prevalencia en este caso del interés público esgrimido por la fundación solicitante de acceder el código fuente del programa informático frente al límite del artículo 14.1.d) de la LTAIBG opuesto por la Administración recurrida, habida cuenta de que los riesgos de seguridad, además de no quedar suficientemente caracterizados, se verían en todo caso circunscritos a una operativa informática especialmente acotada (la de la aplicación del bono social eléctrico) —que, de hecho, la Abogacía del Estado califica de carácter meramente auxiliar—, mientras que los intereses relativos al control de la actuación de la Administración, conectados con la significativa finalidad para la que se emplea el programa BOSCO, y, por ende, el correcto funcionamiento del programa informático, sirven, en este caso, a la efectividad de relevantes bienes jurídicos como los principios de legalidad e igualdad y otros derechos constitucionales, la participación en la toma de decisiones, el fortalecimiento de la democracia y la generación de confianza en las instituciones públicas».

³⁹ «Como consecuencia de todo lo hasta aquí expuesto, considera esta Sala que la transparencia exigible en el funcionamiento de la aplicación telemática BOSCO, con evidente y relevante impacto en los derechos sociales de los ciudadanos, no queda garantizada con la mera explicación funcional sobre la misma, ofrecida por la Administración titular de la aplicación, sino que exige el acceso a su algoritmo, pues

puede verse, resulta decisiva la discrepancia entre la sentencia de instancia y la de apelación, que, con base en dos informes de organismos públicos, habían considerado acreditado el riesgo de una manipulación de la aplicación y/o un acceso indebido a los datos personales especialmente sensibles contenidos en las bases de datos de las que el programa se nutría para la concesión o no del bono social. Una cuestión, en suma, de prueba que el Tribunal Supremo, sin embargo, trata como una cuestión jurídica de falta de ponderación —si bien, en su argumentación, no se revela cuál habría sido la fórmula de prueba específica o adicional—. Expresado en términos de la dogmática de la LTAIPBG, no se habría superado el «test del daño»; no habría quedado acreditado el perjuicio que se seguiría del acceso al código fuente. Junto a ello, el otro elemento decisivo es la falta absoluta de motivación a la que conducía el sistema arbitrado por el programa BOSCO, que conecta con el segundo test de la dogmática del derecho de acceso, el test de la ponderación. A ello nos referimos en el siguiente epígrafe.

VI. EL TEST DE LA PONDERACIÓN. UNA SOLUCIÓN QUE RESUELVE UN CASO SINGULAR CONDICIONADO POR UN SISTEMA DE GESTIÓN PRIVADA CON UNA (APARENTE) FALTA ABSOLUTA DE MOTIVACIÓN DE LAS DENEGACIONES

En buena teoría, si facilitar una información —en este caso, el código fuente de un programa informático— no es susceptible de producir ningún perjuicio de los bienes públicos o derechos privados que suponen límites al derecho de acceso —en este caso, la propiedad intelectual, la seguridad pública, el derecho a la protección de datos—, ha de concederse el acceso a la información solicitada. Solo en el caso en que se constate dicho perjuicio —el test del daño— ha de entrarse a valorar si, pese a ello, concurre un interés público superior que pueda justificar el relativo perjuicio que se infrinja con la divulgación, en aras de los intereses a los que sirve la normativa de transparencia —control de la actuación pública y rendición de cuentas—. Es el llamado «test de la ponderación» o del «interés público»⁴⁰.

Pues bien, el Tribunal Supremo no argumenta en esta sentencia, como hemos visto, en esa estricta lógica, que, en coherencia, le habría debido llevar a conceder el acceso al código fuente, dado que previamente no ha considerado acreditado el daño a la propiedad intelectual, a la seguridad pública o al derecho a la protección de datos

de otro modo no resultaría posible comprobar con exactitud y detalle dicho funcionamiento y, por ende, la sujeción de las ordenes o instrucciones en lenguaje informático que contiene a las previsiones legales y reglamentarias sobre los requisitos necesarios para la obtención del bono social».

⁴⁰ Sobre este tema, en extenso, nos permitimos remitirnos a la exposición en GUICHOT, E. y BARRERO RODRÍGUEZ, C., *El derecho de acceso a la información pública*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 185-223.

que tal acceso podría comportar. Sin embargo, sí entra a ponderar en qué medida está justificado el acceso, no solo a toda la información sobre el programa BOSCO que había sido ya proporcionada –recordemos, la especificación técnica de la aplicación, el resultado de las pruebas realizadas para comprobar que la aplicación cumplía la especificación funcional y cualquier otro entregable que permitiera conocer el funcionamiento de la aplicación–, sino también al código fuente. En concreto, si en los casos de denegación, el ciudadano recibía información de su causa, esto es, de qué requisito incumplía para tener derecho al bono social. De nuevo parece acudir a la argumentación acumulativa: «no provoca un daño, pero si lo provocara, estaría justificado porque sería la única forma de verificar la corrección del programa», podríamos decir. Y esa «única forma», esto es, la necesidad de acceder al código fuente como único medio efectivo de verificación, está en directa relación con la falta de motivación de las decisiones de concesión del bono social.

En efecto, conforme a su normativa reguladora, en el procedimiento de solicitud se prevé que en el caso de que falte la acreditación de algún requisito para su obtención se pida al solicitante su subsanación, y que el operador privado solo visualice si el solicitante del bono cumple o no con los requisitos, con la finalidad de no revelar a terceros datos de personas físicas en situación de vulnerabilidad. Contra esta decisión cabe reclamar ante la autoridad administrativa; ha de entenderse previa puesta de manifiesto al ciudadano por parte de la Administración de cuál es el requisito que no se ha entendido acreditado. La normativa, en todo caso, adolece de cierta ambigüedad al respecto⁴¹. El Tribunal Supremo, en todo caso, da por hecho en

⁴¹ Artículo 6 de la Orden ETU/943/2017, de 6 de octubre. Mecanismo de comprobación de los requisitos para ser consumidor vulnerable. «1. Una vez recibida la solicitud completa del consumidor acompañada de la documentación acreditativa según lo dispuesto en el artículo 2.7, el COR, en el plazo máximo de 5 días hábiles, introducirá en la aplicación telemática disponible en la sede electrónica del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, los datos correspondientes al consumidor y, en su caso, a los miembros de la unidad de convivencia declarados por el mismo. En el caso de que la solicitud fuera incompleta el comercializador en el plazo máximo de 15 días hábiles desde la recepción se dirigirá al consumidor indicándole la parte de solicitud incompleta o la documentación acreditativa que le faltase. Transcurrido este plazo de subsanación sin que se hubiera procedido a la misma, en el caso de que no exista un consentimiento expreso por parte del titular o, en su caso, de todos los miembros de la unidad de convivencia mayores de 14 años y con capacidad de obrar declarados por el solicitante, no se podrá tramitar dicha solicitud. En este caso se le pondrá de manifiesto al solicitante la inadmisión de su solicitud. Transcurrido este plazo de subsanación sin que se hubiera procedido a la misma, en el caso de que existan discrepancias entre la información declarada en la solicitud y los datos que figuran en el/los libro/s de familia y/o o certificado/s de nacimiento y/o certificados/s de matrimonio y/o certificado que acredite la inscripción como pareja de hecho y/o resolución judicial o administrativa que acredite el acogimiento aportado por el solicitante y en el certificado de empadronamiento, el COR rechazará la solicitud e indicará expresamente en su comunicación al interesado el motivo de dicho rechazo. Transcurrido este plazo de subsanación sin que se hubiera procedido a la misma, en el caso de que existan discrepancias entre la solicitud y la documentación acreditativa en el resto de casos, siempre que no impidan la aplicación del bono social aun en otras modalidades distintas o con otros umbrales de renta, el COR tramitará

esta sentencia que el sistema no informa a los solicitantes cuya solicitud es rechazada de los motivos de la denegación, lo que «dificulta la detección de eventuales errores en la operativa del programa que, en virtud de su naturaleza automática, adquieren un evidente efecto multiplicador». Y es esa la razón por la que entiende que, en este caso, es necesario el acceso directo al código fuente para que una entidad como la Fundación Civio, que alega disfunciones en el programa, pueda verificarlas⁴².

Si, efectivamente, el sistema funcionaba así, con una mera expresión de cumplimiento o no de los requisitos, un semáforo rojo o verde, ha de convenirse en que la transparencia del sistema era defectuosa—por no hablar de que dejaba a cada solici-

dicha solicitud poniéndole de manifiesto al solicitante la modalidad de bono social aplicada y el requisito no subsanado. En caso de que existan discrepancias tanto en la acreditación de los requisitos como en la aplicación del bono social, los consumidores podrán reclamar ante los servicios de consumo correspondientes, en los términos que establezca la normativa de defensa de los consumidores. 2. Para el caso de las familias numerosas, lo dispuesto en el apartado 1 se llevará a cabo solo en el caso de comprobación de los requisitos para ser vulnerable severo. 3. Asimismo, en el caso de que se haya declarado en la solicitud y, en su caso, aportado el certificado u otro documento válido que así lo acredite, que se cumple alguna de las circunstancias especiales que se determinan en el artículo 3.3 del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica, el COR indicará este hecho en los espacios habilitados en la aplicación a tal efecto. 4. A través de la aplicación telemática implementada, en el plazo máximo de 5 días hábiles, el COR visualizará el resultado de las comprobaciones realizadas por la misma, tanto para la condición de consumidor vulnerable como para la de vulnerable severo, que se materializará en un campo que indique «CUMPLE LOS REQUISITOS PARA SER CONSIDERADO CONSUMIDOR VULNERABLE/VULNERABLE SEVERO» o «NO CUMPLE LOS REQUISITOS PARA SER CONSIDERADO CONSUMIDOR VULNERABLE/VULNERABLE SEVERO». La aplicación indicará, en su caso, la imposibilidad de realizar dicha comprobación. En este caso, el COR rechazará la solicitud e indicará expresamente en su comunicación al interesado el motivo de dicho rechazo devuelto por la aplicación».

⁴² «Partiendo de ello, debe significarse de nuevo que el programa BOSCO supone una actuación automatizada de la Administración en el ejercicio de sus competencias, a través de la cual se adopta una decisión con evidente impacto en los derechos de los ciudadanos, lo que se desprende directamente de su regulación, cuando prevé que la comprobación de la condición de consumidor vulnerable y vulnerable severo para percibir el bono social debe realizarla la comercializadora correspondiente a través de la aplicación telemática ofrecida por el Ministerio. De modo que, una vez introducidos los datos del solicitante, la aplicación devuelve como resultado si se cumplen o no los requisitos o, en su caso, si no ha sido posible realizar la comprobación con indicación, en este caso, del motivo del rechazo (artículo 6 de la Orden ETU/943/2017, de 6 de octubre). Es más, no solamente el programa toma una decisión que condiciona el acceso al bono social eléctrico, sino que dicha decisión, salvo en los supuestos en los que no puede realizarse la comprobación, no viene acompañada de la expresión de los motivos concretos que sustentan dicha conclusión, especialmente cuando se determina que no se cumplen los requisitos. Esta circunstancia puede considerarse razonable en atención al proceso diseñado en el que intermedia una comercializadora que no requiere conocer más datos que los estrictamente necesarios para aplicar o no el bono social, pero tampoco se ofrece a los interesados un mecanismo para conocer tal motivación de forma autónoma. Esta opacidad del programa en la toma de decisión, además de los obstáculos que puede comportar en la eficacia de la reclamación a presentar ante los servicios de consumo, que prevé la normativa reglamentaria examinada, dificulta la detección de eventuales errores en la operativa del programa que, en virtud de su naturaleza automática, adquieren un evidente efecto multiplicador».

tante en la absoluta indefensión— lo cual revelaría un caso realmente excepcional, o, incluso, sorprendente (¿la única forma de informarse era reclamar ante la Administración a ciegas para obtener una resolución administrativa ya sí motivada por exigencia de la normativa de procedimiento administrativo?). Pero, por ello mismo, la solución alcanzada en este asunto es solo una solución al caso, no la expresión de una regla ponderativa, o no, si se quiere, de una regla que vaya más allá de que, cuando no hay motivación alguna de las decisiones adoptadas con el auxilio de un programa informático, hay derecho a acceder a su código fuente⁴³. Con ello conectamos con el último epígrafe en clave conclusiva.

VII. CONCLUSIÓN. UNA SENTENCIA (CLARO ESTÁ) *AD CASUM*: SOLICITUD POR UN *WATCHDOG* DE ACCESO AL CÓDIGO FUENTE DE UNA APLICACIÓN QUE NO PERMITE CONOCER LOS MOTIVOS DE LAS DECISIONES Y CONCESIÓN DEL ACCESO LIMITADO AL SOLICITANTE. *TO BE CONTINUED*

En el trabajo precedente al que hemos venido haciendo alusión, concluíamos que la doctrina en torno al acceso a códigos fuentes a través de la normativa sobre transparencia y acceso a la información estaba en plena formación y que sería la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando más temprano que tarde le llegara el asunto, la que tuviera la última palabra, si no lo regula expresamente el legislador.

Es tentador pensar que la sentencia que comentamos es esa última palabra, pero nos parece, por el contrario, que es una primera aproximación, importante y que sin duda sienta principios generales, pero cuya conclusión está marcada por las características del asunto en concreto (sujeto que pide la información, finalidad de verificación perseguida, derechos sociales en juego, falta absoluta de motivación de las denegaciones)⁴⁴. Recordemos que, de hecho, la cuestión con interés casacional es-

⁴³ En esta línea, A. Huergo Lora, en «Juicio final» sobre «Bosco»: la sentencia del Tribunal Supremo: «Es necesaria una pequeña mención al tema de la motivación, porque la sentencia repite varias veces que Bosco no motiva las denegaciones del bono social, como si fuera otro problema adicional que hace necesario el acceso al código fuente. Una vez más, un problema sectorial concreto enturbia lo que pretende ser una construcción general, un 'hito histórico'».

⁴⁴ En esta línea, A. Huergo Lora, en «Juicio final» sobre «Bosco»: la sentencia del Tribunal Supremo: «La nueva sentencia ha sido saludada como un gran paso adelante y, en efecto, parece destinada a crear grandes titulares en los medios de información general. Una tendencia muy actual, la de sentencias aparentemente históricas, que a veces parece que van a parar incluso el cambio climático. Sin embargo, la decisión está muy dirigida a un caso concreto y tiene en cuenta circunstancias muy específicas, como vamos a ver. De hecho, la respuesta a la cuestión casacional menciona expresamente a la Fundación Cívico y al algoritmo Bosco, por lo que su aplicación a otros casos será limitada. Y, en lo que tiene de más general, esa misma doctrina resulta muy ambigua, puesto que se limita a reflejar que la transparencia es muy importante también cuando se emplean sistemas informáticos en la toma de decisiones automatizadas por Administraciones Públicas...» Contrástese con la valoración de J. Ponce Solé, «La sentencia 'Bosco': un

taba formulada de forma muy concreta, apegada al caso: «determinar la procedencia –o no– de facilitar el código fuente de la aplicación informática para determinar si se cumplen los requisitos para ser beneficiario del bono social». Pues bien, en su respuesta, el Tribunal Supremo resalta la importancia de la exigencia de transparencia de los sistemas informáticos de toma de decisiones automatizadas que puede requerir «en ocasiones» el acceso a su código fuente, y declara el derecho de «la Fundación Civio» a acceder al código fuente⁴⁵ con la finalidad de comprobar que el programa informático se ajusta a la normativa. Lo cual, por cierto, como hemos ido apuntando, plantea hondos interrogantes desde el punto de vista de dos elementos basilares de la normativa sobre transparencia, que han sido realizados en la doctrina de los consejos de transparencia y en la jurisprudencia recaída hasta la fecha: la no distinción entre sujetos solicitantes de información y la consiguiente innecesariedad de acreditar interés alguno ni motivar la solicitud⁴⁶, y la posibilidad de transmitir la información recibida a cualquiera, no existiendo en la LTAIPBG ninguna limitación al respecto⁴⁷.

punto –importante– y seguido: “Estamos ante un precedente judicial emblemático, con el que la Sala Tercera del Tribunal Supremo se sitúa en cabeza de los tribunales que en Europa y las Américas han resuelto casos similares con parecidos resultados”.

⁴⁵ «1.- El derecho de acceso a la información pública trasciende a su condición de principio objetivo rector de la actuación de las Administraciones públicas, para constituir un derecho constitucional ejercitable, como derecho subjetivo, frente a las Administraciones públicas, derivado de exigencias de democracia y transparencia, e inseparablemente unido al Estado democrático y de derecho. 2.- El derecho de acceso a la información pública adquiere especial relevancia ante los riesgos que entraña el uso de las nuevas tecnologías en el ejercicio de las potestades públicas o la prestación de servicios públicos, como ocurre con el empleo de sistemas informáticos de toma de decisiones automatizadas en la actividad de las Administraciones públicas, especialmente, cuando tienen por objeto el reconocimiento de derechos sociales. En estos casos debe conllevar exigencias de transparencia de los procesos informáticos seguidos en dichas actuaciones, con el objeto de proporcionar a los ciudadanos la información necesaria para su comprensión y el conocimiento de su funcionamiento, lo que puede requerir, en ocasiones, el acceso a su código fuente, a fin de posibilitar la comprobación de la conformidad del sistema algorítmico con las previsiones normativas que debe aplicar. 3.- La Fundación Ciudadana Civio tiene derecho a acceder al código fuente de la aplicación informática BOSCO, desarrollada para que las empresas comercializadoras de referencia de energía eléctrica puedan comprobar si los solicitantes del bono social cumplen con los requisitos previstos, legal y reglamentariamente, para tener la consideración de consumidor vulnerable y, por ende, resultan ser beneficiarios del bono social, con la finalidad de que pueda conocer las operaciones diseñadas para la concesión del bono social y comprobar que se ajustan al marco normativo aplicable».

⁴⁶ La sentencia alude por dos veces al «legítimo interés» de la Fundación Civio: «El *legítimo interés* de la fundación recurrente en acceder al código fuente de la aplicación informática reside en la verificación del correcto funcionamiento de la aplicación telemática BOSCO, contrastando que la aplicación telemática es fiel a las previsiones normativas que establecen los requisitos necesarios para ser considerado consumidor vulnerable[...] Resta, por tanto, ponderar los riesgos que para la seguridad pública entraña el acceso al algoritmo con el interés de la Fundación Ciudadana Civio en el acceso solicitado, ponderación en la que resulta relevante el grado de vulnerabilidad inherente a aquel acceso y el peligro que pudiera suponer para el acceso no consentido a los datos personales de solicitantes del bono social, por un lado, y la relevancia pública de la información y el *legítimo interés* de la fundación al acceso, por otro lado». (El realce es nuestro)

⁴⁷ Salvo en relación con la protección de datos, lo dispuesto en el artículo 15.4 LTAIPBG, en la referencia según la cual: «La normativa de protección de datos personales será de aplicación al tratamiento

Como apuntábamos en el trabajo al que hemos hecho referencia, hasta el momento las claves que articulan el «discurso» de la Administración, acogidas por los tribunales inferiores, son las siguientes: las decisiones no las toman las aplicaciones, sino las autoridades y empleados públicos, que se sirven simplemente de ellas para facilitar la ejecución de la norma; no es necesario conocer el algoritmo o el código fuente para lograr la finalidad de la normativa de transparencia de conocer los criterios de adopción de las decisiones públicas; y el acceso directo al algoritmo o al código fuente o la información detallada sobre su funcionamiento puede poner en riesgo la seguridad informática y, con ella, buena parte del conjunto de límites protegidos por la normativa de transparencia. Por el contrario, las autoridades de transparencia y ahora el Tribunal Supremo, enmendando las sentencias de instancia y apelación, se han mostrado favorables a concederlo, acaso con restricciones en cuanto al modo de acceso, como forma de permitir el escrutinio sobre su corrección.

En la mayoría de los casos —que no todos— llegados hasta ahora, las autoridades de transparencia no se refieren propiamente a «inteligencia artificial», sino al uso de la informática para la gestión eficaz de procedimientos cuyos presupuestos materiales están predefinidos en la norma. Por el contrario, en los casos en que la inteligencia artificial, propiamente dicha, se utiliza de forma predictiva, puede ser necesario acceder a información sobre su funcionamiento, para comprobar si la facultad de apreciación o decisión se hace conforme a criterios de proporcionalidad, no discriminación..., sin que pueda suplirse mediante la comprobación «externa» de la corrección del sistema, pero es precisamente en esos casos en los que el acceso puede implicar un mayor riesgo para la propia eficacia del sistema en conexión con los límites que protegen intereses públicos o la integridad de los procedimientos. Las resoluciones tendrán, pues, que tener en cuenta estas diferencias y, por su parte, el legislador haría bien en ofrecer orientaciones al aplicador. Por el momento, el legislador de la auténtica inteligencia artificial parece orientarse hacia la explicabilidad, cuyo grado de detalle habrá de tener en cuenta la necesidad de no poner en riesgo ninguno de los bienes protegidos que actúan como límite al derecho de acceso. Y, de esta forma, deberán distinguirse entre sectores de la actuación administrativa y, dentro de ellos, modalidades del uso de la inteligencia artificial, dado que en muchos casos el acceso a los algoritmos y códigos fuentes puede impedir el desempeño eficaz de las tareas administrativas⁴⁸.

Por todo ello, seguimos postulando que sea el legislador el que fije con carácter general y extramuros de la normativa sobre acceso a la información mecanismos

posterior de los obtenidos a través del ejercicio del derecho de acceso», que impediría un uso para una finalidad incompatible con aquella para la que fueron recabados, conforme al artículo 5.1.b) del Reglamento General de Protección de Datos.

⁴⁸ *Op. cit.*, pp. 111-112.

generales de publicidad –que pueden aprovechar como medio de difusión los portales de transparencia– y de control de la corrección de la actuación administrativa a través de algoritmos –en este sentido, la normativa más reciente, de alcance general, apunta a obligaciones en función del grado de «riesgo» del sistema de inteligencia artificial y apoyadas en mecanismos de «evaluabilidad previa» en el propio diseño, las auditorías independientes, los órganos de supervisión...–. Porque, entre tanto, se está exigiendo a las autoridades de transparencia y a los tribunales, sin la competencia técnica necesaria para poder calibrar *a priori* las posibles consecuencias de una publicidad ilimitada. Situadas, en fin, como entonces decíamos, entre la espada de poner en riesgo los bienes públicos y privados que la normativa de transparencia establece como límites a la publicidad y la pared de posibilitar el control ciudadano del uso creciente y cada vez más decisivo de la inteligencia artificial por la Administración, todo ello en un «entorno» en que la apelación a la transparencia y a los riesgos de la inteligencia artificial genera una presión contraria a la apreciación de límites⁴⁹. En este sentido, la existencia, en la sentencia que comentamos, de informes de organismos públicos que apuntaban a un riesgo cierto de la publicidad, que fueron la clave de la desestimación en la instancia y en la apelación, y del juicio contrario del Tribunal Supremo, son bien expresivos al respecto.

⁴⁹ A. Huergo Lora, en «Juicio final» sobre «Bosco»: la sentencia del Tribunal Supremo, apunta con ironía: «Me habría sorprendido, la verdad, que el Tribunal Supremo hubiera desestimado el recurso de casación, al haber calado en los últimos años el mensaje de que “el algoritmo” (cualquiera) es un grave peligro para los ciudadanos, que hasta ahora parece que vivían en un mundo feliz de funcionarios humanos que resuelven los expedientes con rapidez, sin errores, aplicando la ley pero con empatía y en todo caso sin peligrosos sesgos».

VIII. BIBLIOGRAFÍA

BARRERO RODRÍGUEZ, C. y GUICHOT, E. (2023). *La transparencia en la contratación pública y sus límites*. Tirant lo Blanch.

BELANDO GARÍN, B. (2022). La inteligencia artificial en la supervisión del mercado de valores. *Revista de Derecho del Sistema Financiero: Mercados, Operadores y Contratos*, (4), 157-178.

BOIX PALOP, A. (2020). Los algoritmos son reglamentos: La necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la adopción de decisiones. *Revista de Derecho Público. Teoría y Método*, (1), 224-269.

BOIX PALOP, A. (2022). Transparencia en la utilización de inteligencia artificial por parte de la Administración. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, (100), 90-105.

CARON, D. (2018). *Con qué sueñan los algoritmos. Nuestras vidas en el tiempo de los big data*. Ediciones Dado.

CERRILLO MARTÍNEZ, A. (2020). La transparencia de los algoritmos que utilizan las Administraciones públicas. *Anuario de Transparencia Local*, (3), 41-78.

COTINO HUESO, L. (2023). Qué concreta transparencia e información de algoritmos e inteligencia artificial es la debida. *Revista Española de la Transparencia*, (16), 17-63.

ESTEVE PARDO, M. A. (2017). El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial. En VV. AA., *Los límites al derecho de acceso a la información pública* (pp. 175-183). INAP.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. (2020). *El derecho al acceso a la información pública en España* (2.^a ed.). Aranzadi.

GUICHOT, E. y BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2023). *El derecho de acceso a la información pública* (2.^a ed.). Tirant lo Blanch.

GUICHOT, E. (2024). La transparencia de los algoritmos desde la normativa sobre transparencia y acceso a la información pública. *Revista Andaluza de Administración Pública*, (117), 77-115.

GUICHOT, E. (2019). Los límites de la transparencia y el derecho de acceso a la información. En MARTÍN DELGADO, I. (dir.), *Transparencia y acceso a la información pública: De la teoría a la práctica* (pp. 55-105). Iustel.

GUTIÉRREZ DAVID, M. E. (2022). Acceso al código fuente y a los algoritmos de las Administraciones inteligentes. Lecciones a partir de experiencias comparadas. En COTINO HUESO, L. y CASTELLANOS CLARAMUNT, J. (eds.), *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial* (pp. 135-168). Tirant lo Blanch.

HUERGO LORA, A. (2025, septiembre 22). Juicio final sobre Bosco: La sentencia del Tribunal Supremo. *Almacén de Derecho*. <https://almacenederecho.org/juicio-final-sobre-bosco-la-sentencia-del-tribunal-supremo>

HUERGO LORA, A. (2024, mayo 15). Distopía y algoritmos. *Almacén de Derecho*. <https://almacenederecho.org/distopia-y-algoritmos>

HUERGO LORA, A. (2022). El derecho de transparencia en el acceso a los códigos fuente. *Anuario de Transparencia Local*, (5), 35-66.

HUERGO LORA, A. (2024, mayo 10). Por qué aciertan las sentencias sobre el algoritmo del bono social eléctrico. *Almacén de Derecho*. <https://almacenederecho.org/por-que-aciertan-las-sentencias-sobre-el-algoritmo-del-bono-social-electrico>

MARTÍN DELGADO, I. (2023). La aplicación del principio de transparencia a la actividad algorítmica. En GAMERO CASADO, E. (dir.) y PÉREZ GUERRERO, F. L. (coord.), *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios* (pp. 131-194). Tirant lo Blanch.

MAYER-SCHÖNBERGER, V. y CUKIER, K. (2013). *Big data. La revolución de los datos masivos*. Turner Publicaciones.

MEDINA GUERRERO, M. (2023). La transparencia algorítmica en el sector público. En MEDINA GUERRERO, M. (coord.), *Los derechos de la ciudadanía ante la Administración digital* (pp. 135-224). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

MIRANZO DÍAZ, J. (2023). *Inteligencia artificial y derecho administrativo*. Instituto Clavero Arévalo-Tecnos.

O'NEIL, C. (2017). *Armas de destrucción matemática*. Capitán Swing Libros.

PONCE SOLÉ, J. (2022). Reserva de humanidad y supervisión humana de la inteligencia artificial. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, (100), 58-67.

PONCE SOLÉ, J. (2023). Seres humanos e inteligencia artificial: Discrecionalidad artificial, reserva de humanidad y supervisión humana. En GAMERO CASADO, E. (coord.), *Inteligencia artificial y sector público: Retos, límites y medios*. Tirant lo Blanch.

PONCE SOLÉ, J. (2025, septiembre 27). La sentencia Bosco: Un punto importante y seguido. *Almacén de Derecho*. <https://almacenederecho.org/la-sentencia-bosco-un-punto-importante-y-seguido>

PONCE SOLÉ, J. (2024, abril 30). Por qué se equivocan las sentencias sobre el algoritmo del bono social eléctrico. *Almacén de Derecho*. <https://almacenederecho.org/por-que-se-equivocan-las-sentencias-sobre-el-algoritmo-del-bono-social-electrico>

PONCE SOLÉ, J. (2024, mayo 17). Utopía y algoritmos. *Almacén de Derecho*. <https://almacenederecho.org/utopia-y-algoritmos>

PUNCEL CHORNET, A. (2019). Inteligencia artificial para la transparencia pública. El sistema de alertas tempranas (SALER) de la Generalitat Valenciana. *Boletín Económico del ICE*, (3116), 41-61.

RAZQUIN LIZÁRRAGA, M. M. (2023). La transparencia en el uso de la inteligencia artificial en las subvenciones. *Revista de Privacidad y Derecho Digital*, (29), 131-169.

SOTO BERNABEU, L. (2021). La importancia de la transparencia algorítmica en el uso de la inteligencia artificial por la Administración tributaria. *Crónica Tributaria*, (179), 93-129.

TORRECILLA SALINAS, J., TANGI, L., ULRICH, P., MANZONI, M., SCHADE, S., MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, E. y PIGNATELLI, F. (2023). Para qué sirve la IA en el sector público. Casos de uso y perspectivas de aplicación. En GAMERO CASADO, E. (dir.) y PÉREZ GUERRERO, F. L. (coord.), *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios* (pp. 73-90). Tirant lo Blanch.

VESTRI, G. (2021). La inteligencia artificial ante el desafío de la transparencia algorítmica. Una aproximación desde la perspectiva jurídico-administrativa. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (56), 368-398.

VESTRI, G. (2024). Transparencia algorítmica en el marco de los servicios públicos. *Anuario de Transparencia Local*, (7), 51-97.

VIRTO AGUILAR, A. D. (2021). El uso de la inteligencia artificial por las Administraciones tributarias. El principio de transparencia y el derecho del contribuyente a recibir una resolución fundada y motivada. En SERRANO ANTÓN, F. (dir.), *Inteligencia artificial y Administración tributaria: Eficiencia administrativa y defensa de los contribuyentes*. Aranzadi.